

As Proibições de Prova em Processo Penal: Autonomia e Efeitos à Distância

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Mestrado em Ciências Jurídicas Forenses

Tiago André Silva Torres de Sousa

Orientador: Professor Doutor Frederico Lacerda da Costa Pinto

17 de Fevereiro de 2014

ÍNDICE

Introdução	5
------------	---

CAPÍTULO I

A Prova em Processo Penal	7
1 Importância da Prova em Processo Penal	7
2. O Direito Probatório e Alguns dos seus Princípios	8
3. Dificuldade de Obter a Verdade do Processo: Limitações	14
4. Conclusões Parciais	19

CAPÍTULO II

As Proibições de Prova	21
1. Proibições de Prova como Limites à Descoberta da Verdade	21
2. Dignidade Constitucional das Proibições de Prova	29
2.1 Concretização do preceito constitucional	31
3. Falta de Clareza Terminológica	35
4. Qual o Critério para Apurar uma Proibição de Prova	39
5. Apresentação dos Diversos Tipos de Invalidades	42
6. Autonomia das Proibições de Prova	46
7. Conclusões Parciais	56

CAPÍTULO III

Efeitos à Distância	59
1 Fundamento dos Efeitos à Distância	60
2 Divergência Doutrinal e Crítica às Doutrinas Compromissórias	65
2.1 Ponderação de Interesses	65
2.2 Percursos Hipotéticos de Investigação	66

2.3 O Fim da Protecção da Norma	68
3. Efeitos à Distância: Consagração Legal	70
4. Efeitos à Distância na Jurisprudência Portuguesa	71
5. Conclusões Parciais	77
Considerações Finais	79
Lista Bibliográfica	83
Lista de Jurisprudência	87

INTRODUÇÃO

O objectivo da presente Tese é problematizar sobre o instituto das proibições de prova e a sua importância no Processo Penal Português. Para isso, há que apurar o que é a prova em Processo Penal, as suas contingências, isto é, o facto de a prova em Processo Penal ser difícil de apurar, nomeadamente, devido ao facto de o crime ser uma realidade histórica, humana e concreta e, por este motivo, a sua difícil determinação. Neste primeiro capítulo que versa sobre a prova, tratamos ainda das limitações à descoberta da verdade em Processo Penal e analisamos os princípios estruturantes em matéria de prova.

Apurada a importância da prova, cabe problematizar sobre uma das efectivas limitações à busca da verdade processual, sendo esta as proibições de prova, sobre as quais versa o segundo capítulo desta dissertação. Por conseguinte, cabe estabelecer a natureza e o conteúdo das proibições de prova, fazendo um enquadramento histórico e problematizando sobre a sua consagração na lei portuguesa, em termos de fins que tutelam, como também de regime jurídico. Neste capítulo, analisaremos as diferentes posições doutrinárias referentes às próprias proibições de prova, sem esquecer a doutrina alemã, muito fecunda para o Direito Penal Português. Iremos apresentar sumariamente um esboço sobre as invalidades contantes na lei portuguesa, das quais diferenciamos as proibições de prova. Por fim, iremos apresentar e questionar as diferentes posições que constam da doutrina, quanto ao instituto das proibições de prova, a fim de saber se se trata de uma autonomia jurídica, técnica ou apenas uma autonomia dogmática.

Determinada a autonomia do regime das proibições de prova face às restantes invalidades, por fim, cabe tratar do corolário das proibições de prova, os efeitos à distância que uma prova proibida pode ter nas provas subsequentes. Quanto a esse facto, iremos determinar o fundamento dos efeitos à distância, apresentar historicamente como surgiu o regime e a sua natureza jurisprudencial. Iremos apresentar ainda, as críticas feitas pela doutrina alemã e as construções

compromissórias que limitam os efeitos à distância, bem como, as *exclusionary rules* do direito americano.

Por fim, cabe determinar a consagração legal dos efeitos à distância e apresentar de forma crítica as posições jurisprudenciais do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal de Justiça.

CAPÍTULO I

A PROVA EM PROCESSO PENAL

“Não existe um Processo Penal válido sem prova que o sustente, nem um Processo Penal legítimo sem respeito pelas garantias de defesa”.¹

1. Importância da Prova em Processo Penal

A prova em Processo Penal assume extrema importância, pois é através da prova, entendida como resultado da actividade probatória, que se determina a questão penal.

Nas palavras de Figueiredo Dias “o Processo Penal é uma sequência de actos juridicamente preordenados e praticados por certas pessoas, legitimamente autorizadas em ordem à decisão sobre se foi praticado algum crime e, em caso afirmativo sobre as respectivas consequências jurídicas e sua justa aplicação”².

A importância da prova no processo resulta nas palavras de Benthman “a arte do processo não é essencialmente senão a arte de administrar as provas”³.

Como Germano Marques da Silva ensina “a função essencial do Processo Penal cumpre-se na decisão sobre se foi cometido algum crime e em caso afirmativo, sobre as respectivas consequências jurídicas e sua execução”⁴.

Posto isto, o Processo Penal visa a Justiça⁵ e esta pressupõe a verdade. A verdade é a verdade factual. Como afirma Germano Marques da Silva “não há duas espécies de verdade, mas somente a verdade, sendo esta a verdade factual”.⁶

¹ Teresa Pizarro Beleza e Frederico Lacerda da Costa Pinto (2011), pág. 5

² Jorge Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, (2004), pág. 36

³ Cf. Bentham, apud Manuel Marques Ferreira, “Meios de Prova”, (1988), pág. 221

⁴ Germano Marques da Silva, *Curso I*, (2010) pág. 35

O Processo Penal visa a descoberta da verdade, sinteticamente, é com a investigação de uma notícia de crime que se apura da existência ou inexistência de um facto criminoso. Portanto, a prova é a demonstração da realidade dos factos no âmbito e de acordo com as regras da prova conforme artigo 341.º do Código Civil. Desde logo, cabe apurar o que é a prova.

Ora, a palavra prova em Processo Penal tem uma polissemia assinalável⁷, pode ser entendida como actividade probatória, sendo esta “o acto ou complexo de actos que tendem a formar a convicção da entidade decisora sobre a existência de uma determinada situação factual”. Pode ser entendida como meio de prova, constituindo este o “instrumento probatório para formar aquela convicção”. E por fim, pode ser compreendida como resultado da actividade probatória, isto é, “a convicção da entidade decisora formada no processo sobre a existência ou não de uma dada situação de facto”. Sendo aqui compreendida como a demonstração da realidade dos factos, sendo esta, o complexo de actos que formam a convicção da entidade decisora relativamente à existência ou inexistência de um crime, à punibilidade ou não punibilidade do arguido e à determinação da pena ou da medida de segurança aplicável.

2. O Direito Probatório e alguns dos seus Princípios

Como refere Paulo Dá Mesquita, “direito probatório constituído por um conjunto de regras e mecanismos para as inferências sobre os enunciados de facto em função da ponderação das coordenadas adoptadas para a repressão do crime numa

⁵ Manuel Marques Ferreira, “Meios de Prova”, (1988) pág. 221 e 222 “ressalta a preocupação de acatamento dos imperativos constitucionais relativos a dignidade pessoal e integridade do cidadão e à intimidade da vida privada e familiar que é *legítimo esperar de um Processo Penal no quadro de um estado de direito democrático e social* em que a justiça no caso seja alcançada exclusivamente por meios processualmente válidos e efectivamente controláveis.”

⁶ Germano Marques da Silva, *Curso II*, (2011),pág. 160

⁷ Germano Marques da Silva, *Curso II*, (2011), pág. 143 e 144

determinada sociedade,”⁸ também Marques Ferreira define como, “abrangendo as normas relativas à produção de prova e valoração de provas, constitui o verdadeiro cerne de qualquer processo”⁹.

O direito probatório é um conjunto de regras procedimentais, que determinam quais os factos que devem ser adquiridos e valorados no processo, bem como os meios e métodos da sua obtenção. Desta forma, o objectivo é a descoberta da verdade através de um legítimo poder punitivo do Estado¹⁰ respeitando assim, os Direitos Fundamentais do arguido¹¹.

Este direito probatório pode ser estruturado por vários princípios, mas para aquilo que o nosso tema importa, vamos referir o princípio da legalidade da prova, o princípio da lealdade processual e o princípio da livre apreciação da prova.

Quanto ao princípio da legalidade da prova, constante no artigo 125.º do Código de Processo Penal¹², são inadmissíveis as provas proibidas por lei. Portanto, o legislador consagrou o princípio da não taxatividade dos meios de prova. Contudo, existe um dever de cumprir o formalismo estabelecido na lei. O Código sanciona, por um lado, quando não são respeitados os procedimentos, através das invalidades. Por outro, sanciona também as provas que forem proibidas perante a lei, isto é, aquelas que atentem contra Direitos Fundamentais ou disposições legais, para tal há o regime das proibições de prova.

⁸ Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime*, (2011), pág.263

⁹ Manuel Marques Ferreira, “Meios de Prova”, (1988), pág. 221

¹⁰ Fátima Mata-Mouros, *Juiz das Liberdades*, (2011), pág. 330

¹¹ Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime*, (2011), pág. 264 “O reconhecimento da tensão e da consequente necessidade de ponderação de valores implica que as razões da verdade num Estado de Direito Democrático possam colidir com exigências, do *due process*, do *fair trial*, que constroem o recurso a todos os meios epistemologicamente mais fiáveis ou razões políticas que obstem à consagração de factos com determinado sentido, apesar de os mesmos serem os mais prováveis no plano epistemológicos”.

¹² Doravante, sempre que se mencionar um artigo sem outra referência, refere-se ao Código de Processo Penal.

Este princípio reflecte, por um lado, a atipicidade dos meios de prova, isto é, há uma liberdade da prova, pois são permitidas todas as provas que não forem proibidas. Portanto, são admissíveis quaisquer meios para provar os factos relevantes, desde que não proibidos. De referir, o facto de haver uma atipicidade dos meios de produção de prova não significa que se possa defraudar a lei no sentido de fugir aos formalismos determinados pela mesma. Existe o perigo de meios de prova atípicos servirem como meio para introduzir no processo elementos de prova com violação das regras legais prescritas para meios de prova tipificados. De lembrar que quanto aos meios de prova atípicos vigorará também o artigo 32.º n.º 8 da CRP e artigo 126.º.

Uma segunda ideia que resulta do princípio da legalidade são as proibições de prova, pois existem meios e temas que são proibidos, bem como métodos que atentam contra Direitos, Liberdades e Garantias e Princípios Fundamentais.

As proibições de prova já resultavam da estrutura do nosso processo, isto é, um acusatório integrado pelo princípio da investigação, o que implica uma verdade processualmente válida, dentro dos limites do processo, onde devem ser excluídas provas proibidas.¹³ O modelo acusatório no sistema processual português, não implica apenas uma igualdade de armas, mas uma verdadeira garantia do respeito pela dignidade dos cidadãos. Por conseguinte, para se prosseguir a verdade material nem todos os meios e métodos de obtenção de prova são válidos.

Quanto ao princípio da lealdade Germano Marques da Silva¹⁴, reflecte sobre a importância deste princípio. A lealdade constitui um dever na actuação do Estado, só a actuação leal do Estado na descoberta da verdade legitima a actuação punitiva do Estado. O Professor ensina que esta postura do Estado é um dever essencialmente moral traduzindo “uma maneira de ser da investigação e obtenção de provas em

¹³ Também assim Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime*, (2011), pág. 268 “Se o afastamento do processo de partes pode implicar menos limitações à indagação, decorrentes dos direitos das partes no litígio, a ideia de integridade objectiva do acusatório integrado pelo princípio da investigação inerente à verdade material processualmente válida compreende exclusões de prova, fundada numa ética deontológica, insusceptíveis de serem limitadas na concordância prática”.

¹⁴ Germano Marques da Silva, *Curso I*, (2010), pág. 80 e seguintes.

conformidade com os direitos da pessoa e a dignidade da justiça”.

Prossegue numa síntese lapidar no que diz respeito ao princípio da lealdade esta “não é uma noção jurídica autónoma, é sobretudo de natureza essencialmente moral. A lealdade significa uma postura compatível com o nosso sistema constitucional democrático. Eleger o caminho da deslealdade é optar pelo autoritarismo próprio dos estados totalitários”¹⁵.

Associado ao princípio da lealdade desenvolveu-se um discurso jurídico autónomo¹⁶, o princípio da equidade, do julgamento justo. Sendo este princípio conformador da actividade dos sujeitos processuais, associado ao *fair play*, normalmente associado ao *nemo tenetur se ipsum accusare*, mas também, aplicável às proibições de prova.

A exigência do processo equitativo, do processo justo resultante do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do artigo 32.º n.º 1 da CRP. Este processo equitativo corresponde ao que a jurisprudência norte-americana designa por *due process of law* que se traduz em “três exigências: uma *adequate notice*¹⁷, um *fair hearing*¹⁸, um Juiz imparcial¹⁹. Ora, é nesta perspectiva que se levantam os problemas das proibições de prova, constituindo a expressão desta exigência de um processo leal e equitativo para toda a acção do Estado na investigação criminal.

Germano Marques da Silva refere quanto ao princípio da lealdade, as “nulidades das provas são sanções que actuam *a posteriori*; o princípio da lealdade

¹⁵ Germano Marques da Silva, *Curso I*, (2010), pág. 80 e 81

¹⁶ Germano Marques da Silva, *Curso I*, (2010), pág. 83 Refere que a “exigência de processo equitativo (...) não deve colocar como um princípio autónomo (...) antes, constitui, em grande parte, a síntese de vários daqueles princípios.”

¹⁷ Germano Marques da Silva, *Curso I*, (2010), pág. 84 “entendida como a informação do acusado de modo detalhado, acerca da natureza e dos motivos da acusação, para que ele se possa defender”.

¹⁸ Germano Marques da Silva, *Curso I*, (2010), pág. 84 “um procedimento leal, sem influências externas na formação do juízo”.

¹⁹ Germano Marques da Silva, *Curso I*, (2010), pág. 85 “como projecção subjectiva do *fair hearing* que exerça a função em posição de terciaridade relativamente aos interesses objecto do processo e não dê a alguma das partes tratamento de favor ou de desfavor”.

pretende imprimir *a priori* toda uma atitude de respeito pela dignidade das pessoas e da justiça e é o fundamento do que a nossa lei processual qualifica como proibições de prova.²⁰ Ideia que vai resultar do nosso trabalho, é que estas categorias de nulidade e de proibições são realidades diferentes, mas operando em diversos momentos, com consequências diferentes, mas que tem alguma comunicabilidade.

Nas Palavras de Germano Marques da Silva que adoptamos na íntegra ensina que “a justiça criminal é chamada a investigar actividades suspeitas, tanto de pessoas honestas como de malfeitores, mas todos são, pessoas. Por outra parte, não se compreende que aqueles que se dedicam a servir a justiça possam usar na luta contra os malfeitores meios análogos aqueles que lhes reprovam. A eficácia da justiça é também um valor que deve ser perseguido, mas, porque numa sociedade livre e democrática os fins nunca justificam os meios, só será louvável quando alcançada pelo engenho e arte, nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem as sofre, mas não menos quem as usa”.²¹

Esta ideia do princípio da lealdade processual é associada ao fair trial²². Dworkin refere que um dos direitos das pessoas são precisamente “não serem condenados por crimes de que são inocentes, o direito aos processos mais exactos possíveis para por à prova a sua culpa ou inocência”.²³

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem²⁴ tem entendido, no que refere às proibições de prova, a exigência de equidade do processo no seu conjunto, numa jurisprudência que vem do Acórdão de 12 de Maio de 2000 (Khan vs. Reino Unido), do Acórdão de 1 de Março de 2007²⁵ (Heglas vs República Checa) e também do Acórdão

²⁰ Germano Marques da Silva, *Curso I*, (2010), pág. 81

²¹ Germano Marques da Silva, *Curso I*, (2010), pág. 82 e 83

²² Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime*, (2011), pág. 264

²³ Cf. Dworkin, apud Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime*, (2011), pág. 199

²⁴ Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário, pág. 336; Paulo Sousa Mendes, *Lições*, (2013) pág. 210 a 216 Algumas decisões do TEDH sobre este princípio.

²⁵ Acórdão Heglas vs. República Checa trata da interceptação secreta de conversações telefónicas, referindo o Tribunal que as listas cronológicas de registo de chamadas efectuada entre duas pessoas possam escapar à protecção conferida pelo artigo 8.º, devendo a lista contendo informação sobre datas,

de 25 de Setembro de 2012 (El Haski c. Bélgica)²⁶, bem como do Acórdão Othaman de 17 de Janeiro de 2012 (Abu Qatada vs. Reino Unido).²⁷

Outro princípio fundamental em matéria de prova é o princípio da livre apreciação da prova.

A prova é apreciada por regra, tendo por base as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente. Castanheira Neves ensina, “o julgador tem a liberdade de formar a sua convicção sobre a realidade (os factos) do caso submetido a julgamento com base apenas no juízo que se fundamente no mérito objectivamente concreto desse caso, na sua individualidade histórica, tal como ele foi exposto e adquirido representativamente no processo”. Ora, há que perceber que esta liberdade, como refere o autor, não é uma liberdade que implique o *arbítrio*²⁸, ou sequer *irracional ou puramente impressionista emocional*, é sim *uma liberdade para a objectividade, aquela que se concede e que se assume em ordem a fazer triunfar a verdade objectiva*. Definindo o autor que esta exigência de objectividade é, ela própria, um princípio de direito.

Germano Marques da Silva, na linha de Castanheira Neves, defende que será uma “valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permita objectivar a apreciação, requisito necessário para uma efectiva motivação da decisão. De relembrar

chamadas efectuada ou recebidas, bem como a sua duração ser consideradas como relevando dos dados pessoais que lhes respeitam, pelo que o extracto de chamadas telefónicas efectuadas e que foi usado como meio de prova no Processo Penal movido contra o requeinte constitui uma ingerência no direito ao respeito da sua vida privada, no sentido que lhe é emprestado pelo n.º1 do artigo 8.º da convenção... deve examinar-se o processo, incluindo o modo como os elementos de prova foram recolhidos, foi equitativo no seu conjunto, o que envolve a análise da ilegalidade em apreço e, caso ocorra a violação de um outro direito protegido, a natureza dessa violação.

²⁶ Acórdão El Haski vs. Bélgica Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 2ª Secção, Acórdão de 25 Set. 2012, Processo 649/2008, que trata de um caso de tortura

²⁷ Acórdão Othaman de 17 de Janeiro de 2012 (Abu Qatada vs. Reino Unido), processo n.º 8139/09, também sobre um caso de tortura.

²⁸ Castanheira Neves, *Sumários*, (1968), pág. 47

que a convicção do julgador será sempre pessoal, mas há-de ser sempre *objectivável* e *motivável*, capaz de se impor aos outros”²⁹. Sendo que, a forma de se impor aos outros é através da fundamentação, como decorre do artigo 97.º.

Em suma e seguindo os ensinamentos dos Professores, o princípio da livre apreciação da prova implica uma livre convicção da entidade decisora, contudo ela não é puramente subjectiva e emocional é *objectivável* porque está vinculada às regras de experiência. Por conseguinte, tem que existir uma valoração objectiva, racional e crítica de acordo com as regras da lógica, da razão e dos conhecimentos científicos que permita efectivamente objectivar a decisão. A fundamentação, impede o arbítrio e permite a objectivação da convicção da entidade decisora. Por fim, decisão é sempre controlável e sindicável, nomeadamente pelo artigo 97.º e artigo 410.º.

3. Dificuldade de obter a Verdade do Processo: Limitações

*“É em função do objecto do processo que hão-de resolver-se questões como a litispendência e o caso julgado, o thema probandum, a convolação e o objecto dos recursos”*³⁰.

O objectivo do Processo Penal é a descoberta da verdade e a boa decisão da causa.

A definição e delimitação do objecto do processo deverá orientar-se, “por um lado, de certo no sentido de ser uma garantia para o arguido, a garantia de que apenas aquilo de que é acusado, se terá que defender e de que só por isso será julgado (...), mas por outro, no sentido também de não frustrar uma averiguação e um julgamento justos e adequados da infracção acusada”³¹. O objecto do processo é o próprio crime entendido como o conjunto de pressupostos de que depende a aplicação para o agente de uma pena ou de uma medida de segurança criminais.

²⁹ Cf. Figueiredo Dias, apud Germano Marques da Silva, *Curso II*, (2011), pág.186

³⁰ Germano Marques da Silva, *Curso I*, (2010), pág. 37

³¹ Castanheira Neves, *Sumários*, (1968), pág. 198

Também Castanheira Neves nas suas lições, “no problema do objecto do Processo Penal deparamos com o próprio problema jurídico do processo criminal: se este terá a sua solução justa na equilibrada ponderação entre o interesse público pela aplicação do direito criminal (e da eficaz perseguição e condenação dos delitos cometidos) e o direito incondicional do réu a uma defesa eficaz e ao respeito pela sua personalidade moral, do mesmo modo a solução válida do problema do objecto do processo será apenas aquela que em todos os pontos em que ele releve, traduza também um misto equilíbrio entre este direito e aquele interesse. E assim, a identidade do objecto do processo não poderá definir-se tao rígida e estreitamente que impeça um esclarecimento suficientemente amplo e adequado da infracção imputada e da correlativa responsabilidade, mas não deverá também ter limites tão largos ou tão indeterminados que anule a garantia implicada pelo princípio do acusatório e que a definição do objecto do processo de propõe justamente realizar”.³²

Paulo Pinto de Albuquerque, realça ainda o facto de no “objecto do processo não ser constituído pela incriminação imputada do arguido, mas antes pelos factos que lhe são imputados. O legislador verteu a norma, segundo a qual «a investigação e a decisão abrangem o facto descrito na acusação e as pessoas imputadas pela acusação». O Tribunal está apenas vinculado tematicamente pelo facto histórico unitário descrito na acusação não pela qualificação jurídica dada ao facto na acusação”.³³

Definido o objecto do processo, cabe apurar agora o tema ou objecto de prova, onde o que é importante demonstrar para o processo, são os factos³⁴ juridicamente

³² Castanheira Neves, *Sumários*, (1968), pág. 196 a 199

³³ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário*, (2011), pág. 875

³⁴ Também constituem objecto de prova novos factos, que se mostrem relevantes para a decisão da causa e não impliquem uma alteração substancial dos factos, artigo 359.º e artigo 1.º al f) do CPP; Paulo Pinto Albuquerque, *Comentário*, (2011), pág. 877 Quanto ao artigo 340.º “O preceito vale não apenas para a decisão sobre a admissão da prova relativa ao objecto do processo isto é, a prova para a descoberta da verdade, mas também para a decisão sobre a prova relativa as questões e incidentes que se suscitam na pendência do processo, isto é, a prova para a boa decisão da causa. Destarte, o preceito estabelece os critérios respeitantes à admissão da prova relativa à imputação dos factos da acusação

relevantes dentro dos limites do objecto do processo³⁵.

Como ensina Germano Marques da Silva³⁶ “se o tema da prova corresponde aos factos a demonstrar, os meios de prova são os instrumentos para essa demonstração. O tema da prova não consiste exclusivamente no objecto do processo, mas também são os factos com base nos quais se pode inferir a existência de factos que constituem objecto do processo ou factos que revelem a idoneidade de meios de prova”. “O tema da prova é constituído por factos e não por argumentos, razões, pontos ou questões de direito”.

Portanto, para determinar a questão penal é necessário ter presente o artigo 124.º, pois é este artigo que nos indica o que é pertinente em relação aos factos, determina quais os factos relevantes para o processo onde é necessário apurar a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do agente e da determinação concreta da sanção, mas também e ainda para uma eventual indemnização civil conforme o artigo 124.º n.º2. Este artigo tem que ser articulado com o artigo 340.º, o qual determina que o Tribunal ordene oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de provas cujo conhecimento se lhe afigure necessário à *descoberta da verdade* e à *boa decisão da causa*.

Este artigo 340.º n.º 1 consagra o princípio da investigação ou da verdade material³⁷, portanto o Tribunal não fica à espera que a prova lhe chegue às mãos o Juiz

pública ou particular e da contestação, à determinação das incriminações e das sanções e à fixação da responsabilidade civil. Mas também abrange a admissão da prova dos factos relevantes para a verificação dos pressupostos processuais, das nulidades, das irregularidades e das proibições de prova. Como abrange ainda a admissão da prova dos factos relevantes para a decisão sobre as questões prévias, interlocutoras ou incidentais verificadas na pendência do processo, incluindo a determinação dos factos relevantes para a verificação dos pressupostos de medida de coacção e de garantia patrimonial e da credibilidade das testemunhas, peritos e consultores técnicos.

³⁵ Germano Marques da Silva, *Curso II*, (2011), pág. 148

³⁶ Germano Marques da Silva, *Curso II*, (2011), pág. 148 e149

³⁷ Germano Marques da Silva, *Curso I*, (2010), pág. 94 “o princípio da investigação traduz o poder-dever que incumbe ao Tribunal de esclarecer e instruir autonomamente, mesmo para além das contribuições da acusação e da defesa, o facto sujeito a julgamento, criando aquele mesmo as bases necessárias à sua

pode investigar oficiosamente³⁸ os factos submetidos a julgamento, sendo que, esta “actividade investigante do Tribunal não é limitada pelo material de facto aduzido pelos outros sujeitos processuais, antes se estende autonomamente a todas as circunstâncias que devam reputar-se relevantes”³⁹. Pesquisando assim o Tribunal uma verdade material e não apenas uma verdade formal.

O objecto da prova ou tema da prova é a matéria sobre a qual versa ou recai o processo. Portanto, o objecto da prova é o crime entendido como o conjunto de pressupostos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou medida de segurança criminal. Desde logo, o tema ou objecto da prova tem como limite o próprio objecto do processo tendo também, como limite o princípio da legalidade, pois a aplicação de penas e medidas de segurança, só pode ter lugar em conformidade com as disposições do Código de Processo Penal, conforme artigo 2.º.

Deste modo, do tema da prova só poderão constar os meios de obtenção de prova e as provas processualmente admissíveis conforme artigo 125.º.

Contudo, o objecto da prova⁴⁰ estará também limitado quanto ao facto de o

decisão”. O poder-dever que impende sobre o Tribunal de investigar e esclarecer oficiosamente o facto submetido a julgamento não impede ou limita a actividade probatória do Ministério Público, do assistente e do arguido, e o seu total aproveitamento pelo Tribunal, mas significa que o Tribunal também não fica limitado na sua busca da verdade pela contribuição dos demais sujeitos processuais, exemplos dos artigos 290.º, 323.º, 327.º e 340.º.

³⁸ Germano Marques da Silva, *Curso I*, (2010), pág. 101 “O Tribunal não está limitado pela prova dos factos aduzidos pela acusação e defesa, mas antes tem o poder dever de investigação oficiosa. Definido o objecto do processo pela acusação e delimitado consequentemente o objecto do julgamento, o Tribunal deve procurar a reconstrução histórica dos factos, deve procurar por todos os meios processualmente admissíveis alcançar a verdade histórica, independentemente ou para além da contribuição da acusação e da defesa; contrariamente ao que sucede no processo civil, não existe no Processo Penal ónus de prova. O Tribunal pode e deve ordenar oficiosamente toda a produção de prova que entenda por necessária ou conveniente para a descoberta da verdade”.

³⁹ Germano Marques da Silva, *Curso II*, (2011), pág. 157

⁴⁰ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário*, (2011), pág. 329 “O objecto da prova é o facto juridicamente relevante. A relevância do facto é definida em função do objectivo do processo”.

processo visar a verdade⁴¹, aquilo que realmente aconteceu. Ora, poderíamos chegar a uma verdade formal⁴², isto é de acordo com as regras do processo, a uma verdade material, isto é, a verdade absoluta ou podemos chegar a uma verdade processual. A verdade processual não é, senão o resultado “probatório processualmente válido, isto é, a convicção de que certa alegação singular de facto é justificavelmente aceitável como pressuposto da decisão, por ter sido obtida por meios processualmente válidos”.⁴³ Esta verdade é difícil de obter pois a realidade histórica de um facto humano, isto é, o crime é difícil apurar.⁴⁴

O crime, sendo uma realidade humana, histórica e concreta há a dificuldade de chegar a verdade, pois esta é a reconstrução de uma realidade passada, de um facto concreto, um crime, cometido por um agente. Portanto, apurar esta realidade é de extrema dificuldade pois, ela mesma é apreendida por um juízo humano de convicção na medida em que a matéria, isto é, os factos históricos, permitam demonstrar essa realidade.

Para chegarmos à verdade processual, o juízo que a entidade decisora terá que fazer não pode ser um juízo⁴⁵ de indícios, de suspeita (possibilidade) ou, de suspeitas fundadas (probabilidade), tem que ser um juízo de certeza, isto é, para além da dúvida razoável. É certo que o raciocínio do Juiz “conduz a uma decisão e não a uma verdade. Como ensina Germano Marques da Silva nunca se tem absoluta certeza que a verdade é obtida no processo”.⁴⁶

⁴¹ Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime*, (2011), para um estudo da verdade pág. 237 a 355

⁴² Ao Processo Penal não bastaria uma verdade formal, ou seja, a reconstrução dos factos feita apenas com base na contribuição probatória das partes.

⁴³ Germano Marques da Silva, *Curso II*, (2011), pág. 160

⁴⁴ Manuel Marques Ferreira, “Meios de Prova”, (1988), pág. 223 salienta que “a prova em Processo Penal tem cariz meramente retrospectivo cujo fim último consiste na reconstituição e análise de factos passados, definindo-se como a *aporia fundadora do estabelecimento do facto* juridicamente relevante”.

⁴⁵ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário*, (2011), pág. 346 e seguintes, para os vários graus de convicção anotação 4 a 6; Germano Marques da Silva, *Curso II*, Pág. 144 a 148

⁴⁶ Germano Marques da Silva, *Curso II*, (2011), pág. 160 nota 2.

De acordo com Figueiredo Dias⁴⁷, a verdade processual não é absoluta ou ontológica, há-de ser antes de tudo uma *verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o custo mas processualmente válida*.

A doutrina, nomeadamente, o professor Germano Marques da Silva, tem limitado a verdade processual a três ordens de impossibilidades.

Em primeiro lugar, a impossibilidade teórica⁴⁸ que consiste que “é impossível alcançar a verdade pois que, sendo o conhecimento uma construção mental sem conexão necessária com os fenómenos do mundo real, não se pode configurar um conhecimento verdadeiro de um facto”, o conhecimento é essencialmente relativo.

Em segundo lugar, a impossibilidade ideológica⁴⁹, argumentando-se com as “limitações sobre os meios de prova admissíveis que a própria lei estabelece.” É nesta impossibilidade que se enquadram as proibições de prova⁵⁰, e que iremos desenvolver no próximo capítulo.

Por último uma impossibilidade prática⁵¹, limites que “condicionam a aquisição e a valoração da prova.”. O professor dá o exemplo das “relações emocionais das testemunhas com o facto, faz com que, as apreensões sensoriais sejam também diversas e se lembrem da mesma coisa de modo diferente.”

⁴⁷ Jorge Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, (2004), pág. 194

⁴⁸ Germano Marques da Silva, *Curso II*, (2011), pág. 161 e 162

⁴⁹ Germano Marques da Silva, *Curso II*, (2011), pág. 162 e 163

⁵⁰ Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime*, (2011), pág. 264 como refere “A reconstrução da verdade material do evento histórico pode ser condicionada por outros valores, a verdade processual, pode, por boas razões no plano político, ser constituída por meios que confinam o acesso à verdade material, as proibições de prova”.

⁵¹ Germano Marques da Silva, *Curso II*, (2011), pág. 162

4. Conclusões Parciais

Em suma, a prova assume uma importância nefrágica no Processo Penal. É através da prova que se chega à verdade possível do processo. Esta verdade, como referi, sobre várias limitações. A limitação que serve de base a este estudo é precisamente as proibições de prova, pois para se atingir a verdade, para se reconstruir o crime, para apurar o culpado, não é admissível qualquer prova, os fins não devem justificar os meios, nem a eficácia da justiça deve ser um valor absoluto, porque se terá que existir algum valor absoluto no nosso quadro constitucional esse é a Dignidade da Pessoa Humana.

CAPÍTULO II

AS PROIBIÇÕES DE PROVA

1. Proibições de Prova como Limite à Descoberta da Verdade

As proibições de prova assentam na dicotomia entre Estado e Indivíduo⁵² isto é, a problemática entre a eficácia da intervenção Penal e a Justiça, e por outro, a tutela de direitos individuais e o respeito pelos Direitos Liberdades e Garantias. Como referimos no capítulo anterior, uma das limitações da prova é precisamente as proibições de prova, os meios utilizados para obter a verdade. Ora, no Processo Penal tem que existir uma harmonização de procedimentos em ordem a conciliar dois objectivos, por um lado, a descoberta da verdade para a realização da Justiça e por outro, o respeito pelos Direitos do arguido.

Num Estado de Direito Democrático é exigido ao Estado que busque a verdade mas não a todo o custo, só a busca da verdade por meios justos e leais é conforme com o Estado de Direito⁵³, ainda que para a salvaguarda desses interesses se tenha eventualmente de renunciar à descoberta da verdade material. Não é suficiente uma sentença justa, sendo desejável uma decisão lograda por meios processualmente válidos e controláveis⁵⁴.

É neste âmbito que surgem as proibições de prova⁵⁵. Como verdadeiros limites à descoberta da verdade material, instituto jurídico de tutela de Direitos Fundamentais orientadores da actuação do Estado.

⁵² Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 66

⁵³ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Anotada*, (2010), pág. 737

⁵⁴ Também assim Manuel Marques Ferreira, “Meios de Prova”, (1988), pág. 221 e 222

⁵⁵ Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime*, (2011), pág. 264 “a verdade processual pode, por boas razões no plano político ser construída por meios que confinam o acesso à verdade material, as proibições de prova. Também se apresenta como uma ideia política conformadora da epistemologia judiciária o princípio de que mais vale absolver um culpado do que condenar um inocente (..) Nas soluções jurídico-

Ora como referi, num Estado de Direito Democrático para se obter a verdade material há certos métodos de obtenção de prova e certas provas que são proibidas e portanto, não podem ser utilizadas em julgamento. Como defende Paulo Dá Mesquita os instrumentos gnoseológicos do Processo Penal apresentam-se como o resultado de ponderação de custo benefício.⁵⁶

Numa linha completamente diferente Schafer refere “não pode esquecer-se que este aparente ganho da ideia de Estado de Direito tem como reverso perdas mais onerosas da mesma ideia, uma vez que a proibição se afirma a expensas da reclamada e eficaz luta contra a criminalidade, também ela valendo, só por si, como uma tarefa legítima do Estado de Direito”⁵⁷. Com base nesta ideia, a doutrina alemã funda a legitimidade da valoração de proibições de prova, como sejam diários íntimos, e recusa os efeitos à distância⁵⁸, com o objectivo de punir a criminalidade grave.

Ora, com o devido respeito, não podemos concordar com tal premissa e conclusão, o nosso Código de Processo Penal foi claramente influenciado por questões ideológicas e de política criminal que obstam a esta conclusão. Para se obter a verdade num processo Democrático onde a matriz fundamental é a Dignidade da Pessoa Humana, nenhuma proibição de prova pode ser valorada. Se tal acontecesse o Estado não encontraria uma verdade material mas apenas uma verdade formal, que não legitima a sentença e não corresponde aos fins da pena na sua modalidade de prevenção geral e especial. Por outro lado, os fins do processo também não seriam respeitados e cumpridos, pois não há o restabelecimento da paz jurídica, tanto no

políticas conformadoras da verdade processual existem escolhas, implícitas ou explícitas, na tensão dos valores em jogo, com implicações na sua tutela, ainda que por via de efeitos colaterais. Ressalvando as razões de política extraprocessual, as políticas preventivas com reflexo no direito probatório, derivadas de ponderações gerais condicionantes da fiabilidade dos processos de descoberta”.

⁵⁶ Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime*, (2011), pág. 265

⁵⁷ Cf. Schafer, apud Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 67

⁵⁸ Cf. Schafer, apud Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 68

plano individual como no plano da comunidade, pois uma sentença violadora de Direitos Fundamentais não pode almejar tal fim.

Na síntese de Paulo Dá Mesquita “o material probatório não é seleccionado e utilizável exclusivamente em função do seu valor gnoseológico, existindo vias com potencial epistémico que são recusadas e material informativo disponível que não pode ser utilizado por outros motivos. Mesmo os mais extremos defensores da verdade formal - verdade lícitamente adquirida de acordo com as regras do processo, ou seja, admite-se que a verdade material do processo seja distinta da realidade passada dos eventos do mundo exterior supostamente reconstruídos pelo processo, a verdade material obtida há-de, no entanto, corresponder a uma verdade processualmente válida”.⁵⁹

E ainda, pelo facto, de os Direitos Fundamentais terem, como defende Luhmann⁶⁰, “uma dupla natureza dos Direitos Fundamentais (..) emergem hoje, além do mais, também como valores ou fins – instituições - do moderno Estado de Direito. E, enquanto tais, a reclamarem formas autónomas de tutela.” Prossegue o autor, “embora historicamente tenham sido formulados contra o Estado absoluto e apoiados no direito natural, eles só ganharam a sua verdadeira função na democracia, em que protegem, além da pessoa individual, as outras áreas da sociedade contra o universalismo da política possível”.

Ora, como ensina o Professor Costa Andrade, “nem sempre o interesse do esclarecimento do crime e da perseguição de um suspeito terá, só por si, a força bastante para dirimir a ilicitude material indiciada pela tipicidade das pertinentes formas de produção ou valoração da prova”⁶¹.

Pois, apesar de a realização da justiça ser um valor Constitucional, não deve ser encarada como um fim em si mesmo, um valor absoluto, pois não pode ser atingido a

⁵⁹ Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime*, (2011), pág. 266

⁶⁰ Cf. Luhman, apud Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 69

⁶¹ Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 14 e 15

qualquer custo ou por qualquer meio. Apenas a actuação justa e leal do Estado é admissível.⁶²

Como relembra Amelung, “o Estado cairá em contradição normativa e comprometerá a legitimação da própria pena se, para impor o direito, tiver de recorrer, ele próprio, ao ilícito criminal.” Argumenta ainda que “o fim da pena é a confirmação das normas do mínimo ético, cristalizado nas leis penais. Esta demonstração será frustrada se o próprio Estado violar o mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena”.⁶³

Ora, é precisamente este mínimo ético, alicerçado no princípio de Estado de Direito e da Dignidade da Pessoa Humana que se retira a conclusão, que a verdade material não deve ser obtida a todo o custo, os fins não devem legitimar os meios, pois só a verdade material obtida de forma processualmente válida, leal interessa num Estado de Direito.

Sendo assim, as proibições de prova assentam na ideia da Dignidade da Pessoa Humana, esta é acima de qualquer outro valor do Direito, acima da eficácia e do combate à criminalidade. Não nos podemos esquecer que não se pode combater o crime com o crime, por maior que ele seja, nas palavras de Sydow “sobre um ilícito acaba por se edificar um outro”.⁶⁴ O Estado tem um dever ético na actuação ao combate à criminalidade e na promoção da investigação criminal. Não nos podemos esquecer⁶⁵ o que foi feito a cobro de uma lei positivada, devemos sempre rejeitar qualquer ingerência na Dignidade da Pessoa Humana. Hoje em dia, ainda são cometidos verdadeiros atentados contra Direitos, Liberdades e Garantias, sendo que a prática da tortura, por incrível que possa parecer, é ainda uma prática utilizada.

⁶² Assim também Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Anotada*, (2010), pág. 736 e 737

⁶³ Cf. Amelung, apud Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 15; também Conde Correia, “A distinção” pág. 177

⁶⁴ Cf. Sydow, apud Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 43

⁶⁵ Desde a Inquisição, passando para o Estado Absoluto e acabando nos regimes totalitários do Séc. XX.

Concluindo, as proibições de prova são um verdadeiro limite à descoberta da verdade, inerente a um Estado de Direito Democrático, fundado na Dignidade da Pessoa Humana e onde existe o respeito por Direitos Liberdades e Garantias. Apesar da realização da Justiça ser um valor constitucional, não é um valor absoluto⁶⁶, e portanto tem que ser restringido, quando atente contra Direitos Fundamentais. Sempre que sejam utilizados meios de obtenção de prova proibidos ou provas proibidas, a consequência necessária de tal utilização é a sua não utilização em julgamento, a sua ilegalidade⁶⁷ e inconstitucionalidade.

A expressão Proibições de Prova surgiu com Beling e foi utilizada pela Doutrina Alemã, contudo a expressão nunca foi unânime.⁶⁸ Há autores tentam atribuir outras expressões, não existindo ainda um sentido convergente quanto “a uma dogmática maioritariamente reconhecida mesmo que apenas nos seus traços fundamentais: tanto a definição das proibições de prova e dos seus elementos constitutivos como a doutrina da essência e do significado das proibições de prova constituem temas ainda inteiramente controvertidos”.⁶⁹

Como seja, o exemplo de Gossel⁷⁰ tenta alterar a expressão feliz de Beling, utilizando a expressão “investigação proibida de factos”, bem como a “proibição de levar determinados factos ao objecto da sentença” e finalmente, das “consequências processuais da violação daquela proibições”; e Amelung⁷¹ que propôs a substituição do conceito de proibição de produção de prova e de proibição de valoração de prova

⁶⁶ Assim também Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Março de 2010, processo 806/07, Relator Santos Cabral.

⁶⁷ Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 42 “Aqui abundarão, casos de ilegalidade que, não atingindo as exigências de ilicitude penal, valerão, todavia, como processualmente inadmissíveis, originando, nomeadamente proibições de prova”.

⁶⁸ Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 22 e 23

⁶⁹ Cf. Gossel, apud Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 23

⁷⁰ Karl Heinz Gossel, “As Proibições de Prova”, (1992), pág. 397 398

⁷¹ Cf. Amelung, apud Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 23

pelos conceitos de proibição de produção (aquisição) de informação e proibição de valoração da informação.

Ora, se em termos terminológicos não se conseguiu chegar a um consenso, muito menos em termos de regime onde autores como Strate⁷² “só encontra em matéria de proibições de prova confusão em vez de conhecimento e orientação.”

Beling utilizou a expressão para demonstrar que existem limitações à descoberta da verdade material no Processo Penal, nomeadamente proibições de aquisição de prova⁷³. E por conseguinte, a proibição de produção de prova teria necessariamente com o reverso uma proibição de valoração.⁷⁴

As proibições de prova são limites que se impõe ao Estado, numa dupla vertente: não apenas para respeitar os direitos individuais de cada um, tutelando também assim as autoridades judiciárias, mas também, como limite ético do próprio Estado preservando certos interesses públicos, como seja a segurança e certeza jurídica, bem como a actuação leal do próprio Estado.

Sob a égide de Beling a doutrina alemã tem defendido que as proibições de prova representam a prescrição de um limite à descoberta da verdade.⁷⁵ Como refere o Professor Costa Andrade, “ao regime das proibições de prova está subjacente a crença da existência de limites intransponíveis à prossecução da verdade em Processo Penal.”⁷⁶ Para Gossel são “barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objecto do processo”⁷⁷. Contudo, há outros sentidos como seja o caso de Rogall, o qual ensina que as proibições de prova são “meros instrumentos de tutela de direitos

⁷² Cf. Strate, apud Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 23

⁷³ Fátima Mata-Mouros, *Juiz das Liberdades*, (2011), pág. 309

⁷⁴ Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 57 e 58

⁷⁵ Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 19 “Sem esquecer que nesta matéria tanto na doutrina como na jurisprudência não se encontra zona da vida jurídica onde os caminhos da doutrina e jurisprudência se mostrem mais desencontrados e varridos pela controvérsia”.

⁷⁶ Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 117

⁷⁷ Cf. Gossel, apud Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 83

individuais⁷⁸ emergindo do conflito entre interesses individuais e o interesse da perseguição criminal”. Também para Roxin⁷⁹ “as proibições de métodos de prova se dirigem apenas aos órgãos de perseguição penal”.

Contudo, esta doutrina das proibições de prova encontra vozes discordantes como seja o exemplo de Otto, este autor admite a tese da admissibilidade da valoração de meios de prova penalmente ilícitos. No entanto, não de uma forma absoluta, formulando excepções à regra da admissibilidade. “O facto de um meio de prova ter sido ilicitamente obtido por um particular não preclude, por via de regra, a sua utilização em Processo Penal. Não existe qualquer princípio segundo o qual quem praticou um crime não haja de ver utilizado contra si um meio de prova que um outro obteve à custa de uma conduta ilícita, mesmo que criminalmente punível. O que a ideia de direito reclama nesta situação é antes, o restabelecimento da paz jurídica através da perseguição dos crimes de todos os agentes”.⁸⁰

Na doutrina, a posição de que em busca da verdade, da realização da Justiça, nenhuma prova deveria ser proibida mesmo obtida por meios ilegais foi abandonada, mas é preciso nunca esquecer o que foi feito a cobro de uma lei positivada. Contudo, resquícios desta doutrina, assente numa mais eficaz perseguição penal, surgem agora legitimados por uma doutrina de ponderação de interesses⁸¹, que legitima a validade e utilização de uma prova proibida para combater a criminalidade mais grave, como se a prevenção geral e especial com toda a panóplia de meios de prova e meios de obtenção de prova não fosse suficiente para persuadir as pessoas a uma conduta conforme o direito.⁸²

⁷⁸ Cf. Rogall, apud Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 33

⁷⁹ Cf. Roxin, apud Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 44

⁸⁰ Cf. Otto, apud Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 45

⁸¹ Veja-se, sobre a doutrina da ponderação de interesses, Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 33 e seguintes e pág. 100 e seguintes; também Fátima Mata-Mouros, *Juiz das Liberdades*, (2011), pág. 315 a 318

⁸² Como se refere no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de Março de 2010, (processo 886/07) Relator: Santos Cabral: “A ideia da dignidade da pessoa humana como limite inultrapassável por

Já na doutrina Portuguesa Fátima Mata-Mouros refere “as proibições de prova tutelam Direitos Fundamentais”⁸³, também assim, Paulo Dá Mesquita salienta que as provas proibidas resultam do “sancionamento dos procedimentos violadores de Direitos Fundamentais”.⁸⁴

Numa outra linha de pensamento, de acordo com Paulo Sousa Mendes as proibições de prova “visam impedir que o MP e os OPC façam tábua rasa dos direitos de liberdade que se opõem ao interesse na perseguição penal ou abusem dos meios de actuação disponibilizados pela ordem jurídica”. Na expressão do autor, prosseguem “fins de disciplina”.⁸⁵

Para Germano Marques da Silva, as proibições de prova “visam a tutela de valores fundamentais que podem ser atingidos na actividade processual de descoberta da verdade”.⁸⁶

Nas palavras do Professor Costa Andrade “mais do que garantias processuais face à agressão e devassa das instâncias da perseguição penal, os direitos ou interesses que emprestam sentido axiológico e racionalidade teleológica às proibições de prova, emergem como Direitos Fundamentais erigidos em autênticos bens jurídicos”.⁸⁷

Para Conde Correia, as proibições de prova “derivam fundamentalmente, das opções constitucionais em matéria de investigação penal e de protecção dos direitos, liberdades e garantidas individuais” continua o autor, “são verdadeiras limitações à

qualquer outra consideração, mesmo inscrita na prossecução de tarefas essenciais do Estado, como é o caso da administração da justiça, é um princípio nuclear na afirmação da existência de valores absolutos insusceptíveis de qualquer compromisso e muito menos com a transigência perante uma determinação de relatividade”.

⁸³ Fátima Mata-Mouros, *Juiz das Liberdades*, (2011), pág. 291

⁸⁴ Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime*, (2011), pág. 269

⁸⁵ Paulo Sousa Mendes, *Lições*, (2013), pág. 181

⁸⁶ Germano Marques da Silva, *Curso II*, (2011), pág. 172

⁸⁷ Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 188

descoberta da verdade”⁸⁸, defendendo assim, uma conciliação entre o respeito pelos Direitos Fundamentais e os valores do processo, como sejam a verdade material, a eficácia da justiça e o combate à criminalidade.

Tanto na doutrina alemã, como na doutrina portuguesa, há a dificuldade de construção de um regime de proibições de prova, pois não existe unanimidade em relação à expressão, nem tão pouco, quanto ao fundamento da expressão e aos fins servidos pelas proibições.

2. Dignidade Constitucional das Proibições de Prova

O Direito Processual Penal é um verdadeiro Direito Constitucional aplicado. Os valores de um Estado de Direito constam da Constituição. É através destes valores que se desenvolvem os sistemas de processo, as funções de investigação, reflectindo uma estrutura política e criminal do Estado. Mas não só, a Constituição também define os Direitos Liberdades e Garantias dos cidadãos e nessa medida as normas que influenciam o Direito Processual Penal e que regulam directamente sobre este ramo de direito.

Nas palavras de Jorge Miranda e Rui Medeiros “não é de estranhar, por isso, a grande importância que assumem as normas directamente atinentes ao Processo Penal que constam da Constituição e que à medida que se vão aprofundando ou desenvolvendo os direitos, liberdades e garantias das pessoas também se vão aprofundando e desenvolvendo as normas da constituição processual penal”.⁸⁹

As proibições de prova tem assim dignidade Constitucional erigida a Garantia Constitucional, consagrada no artigo 32.º n.º 8 da CRP “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa,

⁸⁸ João Conde Correia, “A distinção entre prova proibida”, (2006) pág. 189

⁸⁹ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Anotada*, (2011), pág. 709

abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

Acresce, no que respeita a esta matéria, Portugal aprovou e passou a vigorar na ordem interna, com a mesma relevância das normas internas, segundo o artigo 8.º CRP, um conjunto de instrumentos internacionais com enorme relevância no Processo Penal. A este respeito, destaca-se os textos de Direito Internacional, nomeadamente o artigo 5.º e 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e os artigos 3.º e 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, bem como o artigo 7.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Para além do Código de Processo Penal Português, ter como pedra basilar a Dignidade da Pessoa Humana, nele têm que estar em concordância por um lado a realização da justiça no caso concreto por meios processualmente admissíveis e leais, e por outro, obter a paz social da comunidade, no sentido de prender um culpado e inocentar um inocente.

O respeito não apenas pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana, mas também, pelo princípio do acusatório e por um processo equitativo, levou o legislador a adoptar no Código, soluções que se aproximam duma efectiva igualdade de armas, de um processo equitativo e justo, bem como à preclusão de todas as medidas que rivalizem com a Dignidade do arguido, a isto se refere as proibições de prova.

Estruturado como uma Garantia Constitucional, esta norma do artigo 32.º n.º8 da CRP apresenta-se como uma norma perceptiva exequível por si mesma, sendo uma norma directa sobre a prova, contudo teve consagração na lei ordinária no artigo 126.º. Revelando que se trata de *princípio fundamental* estruturante em *matéria de produção de prova*.⁹⁰

⁹⁰ Assim também, Manuel Maia Gonçalves, “Meios de Prova”, (1988), pág. 194

2.1 Concretização Legal do Preceito Constitucional

O preceito do artigo 126.º sob a epígrafe “Métodos proibidos de prova” é um postulado da injunção constitucional, respeitando a Direitos Liberdades e Garantias. O n.º1 surge como uma cláusula geral das proibições de prova.⁹¹ Onde nas palavras de Costa Andrade “proíbe e sanciona os atentados mais graves intoleráveis à dignidade e integridade pessoais”.⁹²

Quanto ao n.º 2, densifica⁹³ e explica⁹⁴ tanto a Garantia Constitucional como o n.º 1 do mesmo artigo, explicita e enuncia que são métodos de prova ofensivos da integridade física ou moral das pessoas, constituindo provas proibidas, mesmo com o consentimento delas.

De referir, que este artigo trata dos meios de obtenção de prova mais paradigmáticos, contudo, nunca poderá ser taxativo sendo apenas meramente enunciativo ou exemplificativo.⁹⁵ O que tanto o preceito constitucional como o preceito ordinário protegem, são todos os métodos que atentem contra direitos de dignidade e integridade, onde não haverá possibilidade de ponderação de interesses conflitantes já que se trata de um valor que não admite restrição.

Daqui releva o carácter indisponível destes direitos pois, entende-se que, não são apenas direitos individuais que estão em causa. São também outro tipo de interesses⁹⁶ e valores. Ora, uma coisa é atentar contra a integridade física e moral para isso existe a tutela Constitucional dos artigos 24.º e 25.º da CRP, são invioláveis, onde as provas serão nulas independentemente de consentimento e caso exista qualquer

⁹¹ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário*, (2011), Pág. 334 “A amplitude da expressão usada na lei visa precisamente incluir todo e qualquer “método” de prova, isto é, todo e qualquer instrumento intelectual utilizado com o fito de provar um facto juridicamente relevante”.

⁹² Manuel Costa Andrade, *Bruscamente no Verão Passado*, (2009), pág. 136

⁹³ Helena Mourão, “O efeito à distância das Proibições”, (2006), pág. 588

⁹⁴ Manuel Maia Gonçalves, “Meios de Prova”, (1988), pág. 195

⁹⁵ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário*, (2011), pág. 339

⁹⁶ Manuel Costa Andrade, *Bruscamente no Verão Passado*, (2009), pág. 137 “é também no interesse da comunidade que o Processo Penal decorra segundo as regras do Estado de Direito”.

tipo de restrição constante de lei. É portanto, uma interdição absoluta, veja-se o exemplo da tortura, não tem apenas uma componente individual, o arguido não ser sujeito a tortura mas também a nível supra individual sendo um método de prova inadmissível num Estado de Direito, que tem como matriz a Dignidade da Pessoa Humana e portanto, não se deve utilizar tal método para descobrir a verdade material, e portanto alcançar a Justiça. Estes métodos de prova podem servir apenas para serem utilizados exclusivamente nos termos do n.º 4 do artigo 126.º, isto é, para basear uma condenação da pessoa que ilegalmente a obteve, seja magistrado, polícia ou particular⁹⁷.

Quanto ao artigo 126.º n.º 3 trata também de métodos proibidos, respeitantes à reserva da vida privada e quanto a esta vigora o artigo 26.º CRP e artigo 34.º CRP, mas ao contrário do n.º 1, onde os métodos são absolutamente proibidos, nestes casos trata-se de direitos disponíveis e portanto uma nulidade de prova relativa.

Nestes casos, o que não é admissível é a *abusiva*⁹⁸ intromissão e fora dos casos previstos na lei. A determinação do adjectivo *abusiva* só pode ser feita à luz do artigo 18.º n.º2 da CRP. Pois, é preciso ter presente a restrição a Direitos Fundamentais, sendo que essa restrição⁹⁹ só é admissível nos casos expressamente previsto na Constituição devendo essas restrições ser aferidas mediante o princípio da proporcionalidade ou caso exista consentimento.

⁹⁷ Tereza Pizarro Beleza, *Apontamentos de Direitos*, (1992), pág. 151 e 152

⁹⁸ Uma jurisprudência que segue a doutrina de Figueiredo Dias nomeadamente o acórdão 7/87 Relator Mário de Brito onde se julgou não inconstitucionais as normas constantes do n.º3 e n.º4 do artigo 174.º referindo que o então n.º6 do artigo 32.º da constituição só considera nula, as provas mediante abusiva intromissão na vida privada. Acórdão que começou por consagrar a teoria da ponderação de interesses através do princípio da proporcionalidade. Portanto admitindo a restrição dos Direitos Fundamentais constantes no agora artigo 32.º n.º8 segunda parte, desde que, não abusiva.

⁹⁹ Frederico Costa Pinto, *Supervisão*, (2009), pág.45 “as restrições devem obedecer a dois pressupostos: i) devem estar previstas em lei prévia e expressa, de forma a respeitar a exigência de legalidade e; ii) devem também obedecer ao princípio da proporcionalidade e da necessidade, previsto no artigo 18.º, n.º2 da CRP”.

Portanto, quanto aos requisitos do artigo 18.º n.º 2: tem que existir lei expressa que possibilite estas intromissões na intimidade privada, contudo estas intromissões não poderão ser abusivas e tem que se respeitar o princípio da proporcionalidade nas suas vertentes, de necessidade, reflectindo a existência de um bem juridicamente protegido e de uma situação em que se exija intervenção; adequação, significa que o meio de prova utilizado deve ser o mais correcto para prosseguir o fim visado; e proporcionalidade *stricto sensu*, o que implica uma racionalidade na necessidade e na adequação da medida ao fim visado. Este critério, para além de resolver a questão suscitada afere não só a constitucionalidade, mas também a legalidade da restrição ao Direito Fundamental.

Historicamente as proibições de prova foram associadas aos casos dos diários íntimos no direito alemão. Resumidamente, no primeiro caso do “diário”¹⁰⁰, em 1964, referente a um crime de falso testemunho, o Tribunal alemão entendeu quando estão em causa registos atinentes à intimidade pessoal, está por princípio, excluída toda a intromissão na esfera privada, não tendo, por isso, qualquer significado o modo como o diário chegou ao conhecimento das autoridades. Sendo lícita ou ilicitamente obtido, um diário íntimo não pode, contra a vontade do seu autor, ser valorado em Processo Penal.

Quanto ao segundo caso do diário¹⁰¹, o “Tribunal Constitucional alemão, em 1989, num crime de homicídio o BGH pronunciou-se pela admissibilidade da valoração de qualquer diário (por mais íntimo que seja o seu conteúdo) desde que se trate da perseguição e punição da criminalidade mais grave. E por esta via, sancionar o entendimento subscrito pela jurisprudência em nome da ideia da ponderação de bens”.

Esta decisão foi alicerçada na doutrina de Rogall do princípio da ponderação de interesses muito criticada na doutrina alemã.¹⁰²

¹⁰⁰ Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992) pág. 147

¹⁰¹ Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 149

¹⁰² Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág.34 e seguintes, veja-se a posição de Grunwald, Wolter, Hassemer ou Amelung.

No direito americano a questão não é colocada tanto a nível substancial mas meramente formal. Nas palavras de Costa Andrade “o que é decisivo para o direito americano é a licitude ou a ilicitude processual do acesso ao diário”.¹⁰³

Relativamente à questão dos diários¹⁰⁴, no direito português, o primeiro caso de diário foi tratada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão 607/2003¹⁰⁵ que decidiu no sentido da inadmissibilidade da valoração do conteúdo de diários apreendidos ao arguido, para aplicação de uma medida de coacção no caso, a prisão preventiva, na ausência de ponderação à luz do princípio de proporcionalidade.

Na fundamentação o Acórdão 607/2003 referiu “quando a constituição prescreve no artigo 32.º n.º 8, concretizando, neste plano, o valor da dignidade humana assumido como princípio estruturante no seu artigo 1.º, que são nulas todas as provas obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada, está a prever não só a imposição de condicionamentos formais ao acesso aos meios de prova que represente uma intromissão na vida privada, como também, à existência de restrições à valoração de provas, que devem aferir-se conforme o exposto, pelas exigências do princípio da proporcionalidade, sempre ressalvando a ineliminável dignidade e integridade da pessoa humana”. O Tribunal Constitucional decidiu assim pela inadmissibilidade de valoração do conteúdo do diário apreendido ao arguido para o efeito da avaliação da existência dos factos que constituem os pressupostos de aplicação da prisão preventiva, na ausência de uma ponderação, efectuada à luz dos princípios de necessidade, proporcionalidade, sobre o conteúdo, em concreto, desses diários. A

¹⁰³ Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 146

¹⁰⁴ João Conde Correia, “Questões Práticas”, (2007), pág. 140 referindo-se à admissibilidade de diários íntimos no ordenamento português “Em suma para além da legitimação formal da apreensão e da legalidade da intromissão, a licitude da valoração de um diário há-de ainda resultar de um teste, realizado em concreto do princípio do artigo 18.º n.º 2, tendo em conta nomeadamente a gravidade dos crimes em questão a sua natureza e relação com os bens jurídicos em causa: a possibilidade de continuação da actividade criminosa e o interesse na protecção da vítima”.

¹⁰⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional 607/2003, processo 594/03 Relator: Benjamim Rodrigues

contrário, considerou admissível a ponderação de diários íntimos desde que conformes o artigo 18.º n.º 2 da CRP.

Posição aparentemente diversa à tomada pelo Tribunal o Professor Costa Andrade salienta que “parece ser outra e divergente a posição de fundo a que nesta matéria, sacrifica a lei portuguesa. As proibições de prova não apelam para uma ponderação com os valores subjectivados, sub-nomine e no interesse da realização da justiça penal. A ordem jurídica portuguesa assenta nos desfasamentos e distanciação qualitativa entre duas ordens de valores: os valores material-substantivos tutelados pelo direito substantivo e também, em primeira linha, pelas proibições de prova e os valores adjectivos de relevo, endoprocessual e reconduzíveis à ideia da eficácia funcional da justiça penal. A gravidade do crime, a perseguição não será, só por si e enquanto tal, razão bastante para legitimar a danosidade social da violação das proibições de prova, menos o será ainda nos casos em que a violação da proibição de prova revele também do ilício jurídico-penal”.¹⁰⁶ Portanto, na linha no que defende Wolter “em todos os casos que contendam com a dignidade humana, não poderão ser chamados à ponderação os interesses por uma justiça penal eficaz”¹⁰⁷, posição à qual aderimos.

3. A Falta de Clareza Terminológica

O legislador não diferencia os conceitos de proibição de prova e de nulidade. Esta não diferenciação já constava da Constituição e foi traduzida no Código de Processo Penal. Para além da não diferenciação entre a nulidade constantes dos artigo 118.º e seguintes e a nulidade de prova no Código encontram-se vários termos para identificar uma proibição de prova.

¹⁰⁶ Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 201

¹⁰⁷ Cf. Wolter, apud Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992) pág.38

O Código não se exprimiu dizendo que existe uma proibição de prova, utiliza vários conceitos desde nulidade “sob pena de nulidade” (artigo 134.º n.º 2, artigo 174.º n.º 4 e artigo 177.º n.º 1), “só é admissível” (artigo 130.º n.º 2), “não é admissível” (artigo 130.º n.º 1) “só é permitida” (artigo 356.º e artigo 357.º n.º 1), “é proibida” (artigo 187.º n.º 5), “não pode servir como meio de prova” (artigo 129.º n.º 1), “não tem valor como meio de prova” (artigo 147.º n.º 7), “não podem ser utilizadas como meio de prova” (artigo 58.º n.º 5), “não podendo ser utilizadas como prova” (artigo 103.º n.º 5), “só pode valer como meio de prova” (artigo 147.º n.º 5).¹⁰⁸ Questão que nos leva para dois temas, por uma lado, apurar quando estamos perante uma proibição de prova ou uma violação de uma norma e, por outro lado, quanto à autonomia do regime proibições de prova que irei tratar mais à frente.

Qual o objectivo do legislador? Para todos estes casos resolve sancionar a mesma sanção, isto é uma proibição de prova ou temos que distinguir consoante o caso?

Para o Professor Costa Andrade o “legislador de 1987 se propôs invariavelmente prescrever e sancionar o mesmo regime. A saber: a mesma cominação de uma proibição de valoração na pletora das suas implicações e consequências, nos termos e segundo o regime e a doutrina das proibições de prova”.¹⁰⁹

Ora, o problema na lei processual consiste na problemática das nulidades e das proibições de prova, pois estas assentam em duas tensões. Por um lado, em respeitar o procedimento entendido como Germano Marques da Silva ensina, “dispondo quais os actos admitidos ou obrigatórios e para cada um deles, quem os pode praticar e quando, onde e como devem ser praticados, prescrevendo o modelo e os requisitos de

¹⁰⁸ Manuel Costa Andrade, *Bruscamente no Verão Passado*, (2009), pág. 121 criticando confusão terminológica, “uma tarefa que poderia começar por exemplo pela uniformização das plúrimas formas conceitual-terminológicas com que no texto originário da lei portuguesa são significados conceitos como o de proibição de prova”.

¹⁰⁹ Manuel Costa Andrade, *Bruscamente no Verão Passado*, (2009), pág. 135

cada acto”¹¹⁰, nas palavras de Conde Correia “está em causa apenas o regular funcionamento do processo de forma a que ele decorra segundo as formalidades previstas na lei (artigo 2.º do CPP)”.¹¹¹ E por conseguinte, para sancionar existe o regime das invalidades: a saber, a nulidade sanável, insanável e irregularidades. Por outro lado, temos normas que respeitam ao direito da prova que são verdadeiros Princípios Fundamentais em matéria de prova, como seja o artigo 126.º e artigo 32.º n.º 8 CRP, que regulam directamente sobre a prova. Portanto a sanção não pode ser o regime das invalidades terá que ser um regime mais forte, com efeitos mais drásticos, para quem utilize métodos de prova proibidos e também com efeitos mais drásticos para a própria sentença.

Portanto, no processo terá que se compatibilizar esta ambiguidade da prescrição legal terá que ser resolvida pelo aplicador do direito em cada caso concreto. O que não abona para a certeza jurídica e a segurança do direito.

Fátima Mata-Mouros salienta esta falta de clareza terminológica¹¹² ilustrando, quanto ao regime das buscas, a autora “identifica várias sanções para os variados vícios incidentes sobre este meio de obtenção de prova”, o que é perfeitamente normal pois, a falta de determinados requisitos, leva a que o acto seja imperfeito e esta imperfeição tem consequências jurídicas diversas. Referindo ainda, com toda a razão, “não será fácil tecer no referido quadro legal um critério uniforme que nos forneça a chave para a diversidade de regimes no mesmo reflectida”. Reconhece “os efeitos práticos das sanções estabelecidas também não traduzem correspondência necessária com a gravidade do vício, diferentemente do que seria lógico supor”.¹¹³ O que tudo abona

¹¹⁰ Germano Marques da Silva, *Curso II*, (2011), pág.112

¹¹¹ João Conde Correia, “A distinção entre prova proibida”, (2006), pág.184

¹¹² Fátima Mata-Mouros, *Juiz das Liberdades*, (2011) pág. 294 a 297

¹¹³ Fátima Mata-Mouros, *Juiz das Liberdades*, (2011) pág. 294 a 297 “Efeito típico tradicionalmente atribuído à nulidade do acto é a invalidade do mesmo, enquanto a nulidade de prova se traduz, na sua aceção mais comum (sentido literal e imediatamente apreensível), na proibição da utilização dos elementos recolhidos pelo acto proibido. É certo que nos exemplos em referência a nulidade do acto terá de ser arguida e é sanável, por contraposição à nulidade de prova de conhecimento ofícios. Mas,

para a dificuldade do aplicador de direito.

Constatação observada pela autora, o problema não é a indefinição terminológica quanto às proibições de prova, é também a incongruência de regime e na efectiva demonstração prática do regime.¹¹⁴

A principal diferença a fazer é entre proibições de prova e regras de produção de prova e não tanto a dicotomia entre nulidades e provas proibidas, ou nulidades relativas e absolutas.¹¹⁵

A questão é bastante complexa na prática podendo fazer-se um esboço em termos teóricos, mas revelando-se de extrema dificuldade para o aplicador do Direito. O que realmente interesse para o aplicador do Direito é se determinada norma legal quando declara a nulidade ou outra expressão de invalidade qual o real sentido daquela norma. Qual o objectivo de sancionar determinado procedimento? Atenta contra Direitos Fundamentais, sendo um princípio fundamental em matéria de prova, ou trata-se de uma mera violação de uma norma legal? A resposta terá diferenças de regime, tratando-se de uma Norma Fundamental aplicar-se-á o regime dos artigos 32.º n.º8 da CRP e artigo 126.º, o que implica a sua inadmissibilidade de uso.¹¹⁶ Se se tratar de uma mera formalidade para respeitar o procedimento então aplica-se o regime das nulidades constante dos artigos 118.º e seguintes.

Apurar esta questão em termos teóricos parece de extrema facilidade mas em termos práticos é de extrema dificuldade levando a jurisprudência a várias confusões, como revela Conde Correia no seu estudo sobre esta temática dizer “que a realização de uma busca domiciliária, sem a necessária autorização judicial constitui uma nulidade relativa, sanável nos termos dos artigos 177.º, 119.º e 120.º n.º 3 al c) tornou-

tomando à letra os efeitos das referidas sanções, teremos no caso menos grave uma destruição de todos os efeitos produzidos pelo acto, enquanto o caso mais grave, configurador de violação da própria constituição, conduzir apenas à proibição da respectiva valoração no processo”.

¹¹⁴ Fátima Mata-Mouros, *Juiz das Liberdades*, (2011), pág. 294

¹¹⁵ Manuel Costa Andrade, *Bruscamente no Verão Passado*, (2009), pág. 135

¹¹⁶ Frederico Costa Pinto, *Supervisão*, (2009), pág. 123

se uma banalidade”.¹¹⁷

Determinar se estamos perante uma proibição de prova ou uma regra de produção de prova está estabilizado na doutrina. As regras de produção de prova “visam apenas disciplinar o procedimento exterior da realização da prova na diversidade dos seus meios e métodos, não determinando a sua violação a reafirmação contra-fáctica através da proibição de valoração”.¹¹⁸ Como ensina Figueiredo Dias “as regras de produção da prova configuram meras prescrições ordenativas de produção de prova cuja violação não poderia acarretar a proibição de valoração como prova, mas unicamente a eventual responsabilidade disciplinar do seu autor”.¹¹⁹ Como refere Peters “são regras de produção da prova são ordenações do processo que devem possibilitar e assegurar a realização da prova. Visam dirigir o curso de obtenção da prova sem excluir a prova. Tendência oposta do que aqui se trata não é de estabelecer limites à prova como sucede com as proibições de prova, mas apenas de disciplinar os processo e modos como a prova deve ser regularmente levada a cabo”.¹²⁰ Por seu turno, Amelung estabelece que são “regras de conduta”.¹²¹ Estas geram invalidades, disciplinam o procedimento, a prova é válida e pode ser usada no processo desde que cumpridas as formalidades legais. Em relação às proibições de prova estas são verdadeiras limitações à descoberta da verdade, barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objecto do processo, nunca poderão ser utilizadas no processo, tutelando Direitos Fundamentais e a actuação das autoridades judiciais.

¹¹⁷ João Conde Correia, “A distinção entre prova proibida”, (2006), pág. 176

¹¹⁸ Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 84

¹¹⁹ Jorge Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, (2004), pág. 446

¹²⁰ Cf. Peters, apud Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 85

¹²¹ Cf. Amelung, apud Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 85

4. Qual o Critério para Apurar uma Proibição de Prova?

Questão controvertida é apurar quando estamos perante uma proibição de prova. Costa Andrade¹²² defende que haverá uma proibição de prova sempre que se viole um Direito Fundamental. Germano Marques da Silva refere que há proibições de prova para a “tutela de valores fundamentais”, prossegue que “resultam de imposição constitucional e outras por determinação da lei”.¹²³ Prossegue o autor, esquematizando, que na lei existem determinados factos que não podem ser objecto de prova (proibições de tema de prova); determinados meios de prova que não podem ser utilizados; certos métodos de investigação que não são admissíveis para obtenção de meio prova (proibições de métodos de prova); e por último, a obtenção da prova só pode ser ordenada ou produzida, verificados determinados pressupostos e por certas entidades e observando determinado ritualismos¹²⁴.

Paulo Pinto de Albuquerque salienta que “as proibições de prova se fundam em princípio na ilicitude criminal do meio de prova (...) mas nem todas as violações de proibições de prova constituem ilícito criminal, (existindo) proibições de prova fundadas em condutas substancialmente neutras, como por exemplo, as do artigo 355º”. Prossegue o autor rematando, “nem todas as provas criminalmente ilícitas são provas processualmente proibidas, (havendo) provas ilícitas cuja valoração é admissível se o titular do direito o autorizar”¹²⁵.

Conde Correia refere “a delimitação da área proibida deverá encontrar-se na Constituição”¹²⁶.

¹²² Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág.14

¹²³ Germano Marques da Silva, *Curso II*, (2011), pág.171 e 172; Karl Heinz Gossel, “As Proibições de Prova”, (1992), pág.399

¹²⁴ Karl Heinz Gossel, “As Proibições de Prova”, (1992), pág. 399: Esquematização inicialmente sugerida por Gossel

¹²⁵ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário*, (2011), pág. 335

¹²⁶ João Conde Correia, “A distinção entre prova proibida”, (2006), pág.189

Helena Mourão¹²⁷ entende que o âmbito da ilicitude das proibições de prova reporta-se à violação de um conjunto específico de Direitos Fundamentais os constantes do artigo 32.º n.º8 CRP, defendendo, “tanto o artigo 32.º n.º8 CRP e artigo 126.º CPP, são normas genéricas que especificam exactamente quais os direitos fundamentais cuja violação inquina a prova em Processo Penal e gera a nulidade.” Prossegue a autora, as “proibições de prova em sentido próprio no sistema processual penal português é somente aquela norma probatória cuja violação possa redundar na afectação de um dos direitos pertencentes ao núcleo eleito no artigo 32.º n.º 8 e que o artigo 126.º manteve sem alargar”.

Apesar da tomada de posição apresentada, a autora refere contudo, que o artigo 32.º n.º 8 CRP não é taxativo e defende a aplicação analógica: “a estreita conexão de tais direitos com a dignidade da pessoa humana e a particular incidência processual penal que assumem. Deste modo, quando estes valores estiverem subjacentes a outro Direito Fundamental, quando este se encontrar intimamente relacionado com a dignidade humana e se situar num contexto de especial fragilidade na relação com o poder em matéria probatória é dever do intérprete proceder à devida aplicação analógica do regime constitucional e legal das proibições de prova”¹²⁸.

Seguimos de perto a posição de Costa Andrade, Germano Marques da Silva e Paulo Pinto de Albuquerque, segundo a qual encontramos uma proibição de prova, em regra, sempre que a violação da lei implicar uma violação de um Direito Fundamental, mas nem sempre. Ora, essa disposição da lei pode reflectir um Direito Fundamental processual ou substantivo, mas podem existir proibições de prova quando não se trata de Direitos Fundamentais, veja-se o exemplo do segredo de Estado e também as condutas substancialmente neutras, como as do artigo 355.º. Contudo, pode afirmar-se sempre que se trate de um Direito Fundamental estamos perante uma proibição de prova, esta é uma posição tomada tendo por base a unidade do sistema jurídico, observando os Direitos Fundamentais e o Direito Processual como Direito

¹²⁷ Helena Mourão, “O efeito à distância”, (2006), pág. 588 e 589

¹²⁸ Helena Mourão, “O efeito à distância”, (2006), pág.590

Constitucional aplicado. Haverá então, uma proibição de prova sempre que na lei ordinária haja a violação de um Direito Fundamental substantivo, como seja a integridade física, e haverá também uma proibição de prova sempre que sejam desrespeitados princípios estruturantes do Processo Penal, como seja o artigo 129.º n.º1 e n.º3 que tutelam o princípio da imediação.¹²⁹

Portanto, em suma trata-se de uma tutela de Direitos Fundamentais, e por conseguinte, diferente do regime das nulidades do artigo 118.º, tendo um regime bastante mais forte. A prova não pode ser obtida, não pode ser usada e valorada em Tribunal, isto reflecte a sua inadmissibilidade de uso¹³⁰. Um regime próximo ao das nulidades insanáveis, contudo mais forte e com uma significativa diferença, as proibições de prova não se sanam com o caso julgado e tendo por base o artigo 449.º n.º1 al e) podem ser fundamento para possibilidade de rever sentenças transitadas em julgado.

No fundo, o que o intérprete tem que apurar é o sentido da norma, analisando e compreendendo o conteúdo da mesma, verificando se se consubstancia numa proibição de prova ou não.

5. Apresentação dos Diversos Tipos de Invalidades

Há uma dicotomia no Processo Penal no que diz respeito às provas. Como referimos no Código tem de se compatibilizar, por um lado o procedimento de obtenção de provas constante no Código de Processo Penal prescrevendo que o processo deve seguir uma sequência respeitadora das regras pré-definidas, se não se respeitar caímos então no regime das invalidades. Se por outro lado, estamos perante Princípios Fundamentais em matéria de prova que atentam contra Direitos Fundamentais com a correspondente tutela dos artigo 32.º n.º 8 CRP e artigo 126.º.

¹²⁹ Esta tomada de posição não é unânime na doutrina veja-se sobre esta matéria é o artigo de Frederico Costa Pinto, “Depoimento Indirecto” (2010), pág. 1041 a 1088 e Helena Mourão (2006), “O efeito à distância”, (2006), pág. 589

¹³⁰ Frederico Costa Pinto, *Supervisão*, (2009), pág.123

Antes de proceder à análise da autonomia das proibições de prova cabe tecer algumas considerações quanto às invalidades. Desde logo, como ideia geral podemos estabelecer o princípio da legalidade dos actos processuais constante no artigo 2.º. O incumprimento da lei não é indiferente. Como refere Germano Marques da Silva¹³¹ “as normas dos artigos 118.º a 123.º regulam, em geral, as consequências da inobservância das prescrições legais estabelecidas para a prática dos actos processuais. A exacta correspondência do acto aos parâmetros normativos que a lei estabelece para a sua perfeição permite a produção dos efeitos que lhe são próprios, mas a falta ou insuficiência dos requisitos, tornando o acto imperfeito, é susceptível de consequências jurídicas diversas em razão da gravidade do vício.”

Continua o autor quanto às “invalidades vêm a ser os efeitos dos desvios ao modelo prescrito na lei a que esta faça corresponder uma invalidação mais ou menos extensa de actos processuais”.

Quanto aos tipos de invalidade¹³² a lei prescreve vários tipos de invalidades¹³³. Desde logo, a lei “não considera todas as imperfeições sob o mesmo plano antes gradua os efeitos dos vícios em razão da sua gravidade”¹³⁴, por motivos de economia processual.

Cabe referir, antes de mais, que a inexistência não está prevista na lei. A inexistência é um vício, que traduz que o que foi praticado está de tal maneira

¹³¹ Germano Marques da Silva, *Curso II*, (2011), pág. 111 a 112

¹³² Sobre esta matéria é indispensável a consulta da monografia de João Conde Correia, *Contributo para a Análise*, (1999), pág. 87 e seguintes

¹³³ João Conde Correia, *Contributo para a Análise*, (1999), pág. 102. “A invalidade é um conceito unitário, que exprime todos os desvios entre as disposições processuais e a actividade empreendida, capazes de legitimar uma pretensão eliminatória dos efeitos jurídicos produzidos. Existe apenas um grau de invalidades que, enquanto modelos para a avaliação dos actos processuais é indivisível”, o que não significa necessária uniformidade nas suas consequências. Antes pelo contrário, os actos processuais penais inválidos dão origem a uma pluralidade de tratamentos, que variam em função da gravidade e da natureza da violação.”

¹³⁴ Germano Marques da Silva, *Curso II*, (2011), pág. 115

afastado do modelo legal que lhe falta o racionalmente imprescindível à substância do acto, não tem qualquer relevância e não produz qualquer efeito, é insanável. Nas palavras de Conde Correia¹³⁵ “a anomalia é tão grande que o acto nem sequer é compatível com o seu esquema normativo, não alcançando aquele mínimo imprescindível para poder ser reconhecida como tal e ter vida jurídica”. Na inexistência jurídica “o acto é inidóneo para a produção de quaisquer efeitos jurídicos, não os devendo, em caso algum, produzir”. De referir, nas palavras do autor o “recurso à inexistência é fundamental ao sistema de *numerus clausus*, pois como refere ao autor “a redução das nulidades aos casos previsto na lei e a impossibilidade de aplicar analogicamente as normas dos outros ramos do ordenamento jurídico aos casos omissos criaram espaço suficiente para o geminar da inexistência.” O autor remata com o facto “de utilizar a inexistência como um recurso excepcional para casos excepcionais”.¹³⁶

Quando às nulidades, desde logo, o Código prescreve que as nulidades são típicas. Como dispõe o artigo 118.º, a violação ou a inobservância das disposições da lei do Processo Penal só determina a nulidade do acto quando esta for expressamente consagrada. Em todos os outros casos, haverá uma irregularidade, esta é a regra no Processo Penal, artigo 118.º n.º 2. Uma segunda ideia quanto às nulidades consubstancia-se no facto de ser necessário, que a lei expressamente comine a nulidade como insanável, se apenas referir nulidade então trata-se de nulidade relativa.

Quanto ao regime das nulidades podemos verificar que o aplicador do direito tem de respeitar o princípio do aproveitamento dos actos processuais, constante no artigo 122.º n.º3, o qual determina que o Juiz terá que aproveitar todos os actos que ainda puderem ser salvos do efeito da nulidade. Quanto ao efeito imediato das nulidades resulta que estas tornam inválido o acto em que se verificarem, bem como, quanto ao efeito à distância, determina que as nulidades tornam inválido os actos que

¹³⁵ João Conde Correia, *Contributo para a Análise*, (1999), pág.120 e 121

¹³⁶ João Conde Correia, *Contributo para a Análise*, (1999), pág. 119

dependerem daquele em que se verificaram e aqueles que puderem afectar, portanto numa relação funcional¹³⁷, isto é, “não é apenas um nexó accidental ou temporal: o acto afectado de nulidade derivada deve encontrar no acto originalmente viciado a premissa lógica e jurídica da sua validade (...) uma dependência substancial e não uma sucessão meramente cronológica de modo que, faltando o primeiro, o outro não possa sobreviver autonomamente”. Sendo uma dependência causal, necessária, lógica e jurídica. Existindo uma invalidade derivada onde se exige cumulativamente um nexó de causalidade entre os actos e uma relação específica entre a concreta invalidade e o acto concreto.

No que diz respeito concretamente à nulidade insanável constam do artigo 119.º e também nas disposições dos artigos 321.º n.º1 e artigo 330.º n.º1, quanto ao regime específico determinam que devem ser oficiosamente declaradas em qualquer fase do processo, até trânsito em julgado da decisão e os efeitos constam do artigo 122.º.

Quanto às nulidades sanáveis são as que constam do artigo 120.º n.º1 e n.º2, contudo há outras disposições, como por exemplo as do artigo 379.º. Quanto ao regime, dependem de arguição por parte dos interessados artigo 120.º n.º 1, nos prazos previstos na lei artigo 120.º n.º 3, podendo ser sanados nos termos do artigo 121.º reportam-se a direitos disponíveis artigo 120.º n.º 3, 121.º n.º 1 e n.º 2.

Quanto às irregularidades, esta é a menos grave das sanções processuais é o regime regra, pela conjugação dos artigos 118.º n.º 1 e n.º 2 com o artigo 123.º. No que diz respeito ao regime, é próximo das nulidades relativas: arguição por parte dos interessados nos prazos previsto na lei e possibilidade de sanção prevista no artigo 121.º analogicamente e oficiosamente por força do artigo 123.º¹³⁸.

Cabe agora tratar das proibições de prova, sendo estas uma espécie de invalidade, iremos aferir o seu regime e autonomia face às demais.

¹³⁷ Germano Marques da Silva, *Curso II*, (2011), pág. 132

¹³⁸ Germano Marques da Silva, *Curso II*, (2011), pág. 128

6. Autonomia das Proibições de Prova

Como refere Paulo Dá Mesquita¹³⁹ citando o preâmbulo do Código de Processo Penal “As proibições de prova constituíram de acordo com o preâmbulo, a manifestação porventura mais expressiva da ideologia social e não meramente liberal que conformou o diploma, consagradas por força da obediência a imperativos constitucionais, de protecção efectiva de valores fundamentais que podem ser atingidos na actividade de descoberta da verdade”. Essa “obediência a imperativos constitucionais que se centrava no ensino de Figueiredo Dias sobre a matéria das provas em conexão com a teoria das nulidade, onde distinguia entre violações da dignidade humana e a área em que a proibição (de valoração) da prova se não prende com a garantia da dignidade da pessoa em que poderá eventualmente vir a reconhecer-se a admissibilidade de provas consequenciais à violação daquela proibição”.

Foi em 1988 quando a questão da autonomia das proibições de prova começou a dividir a doutrina com a tomada de posição Marques Ferreira e Maia Gonçalves. Marques Ferreira defendia uma autonomia dogmática, técnica e, portanto jurídica entre o regime das invalidades, constante dos artigos 118.º e seguintes e as proibições de prova. Entendendo que tanto as proibições de prova do n.º 1 como as do n.º 3 do artigo 126.º implicam a não utilização das provas, sendo estas uma interdição absoluta, defendendo o autor que esta interpretação é a que melhor se compatibiliza com o preceito constitucional e o artigo 118.º n.º 3¹⁴⁰.

Já Maia Gonçalves entendia que se tratavam “de dois graus de desvalor de provas obtidas contra as cominações legais, sendo maior o desvalor ético-jurídico das provas obtidas mediante os processos referidos no n.º 1, e tal diferente grau de desvalor tem reflexos nas nulidades cominadas. Enquanto as provas obtidas pelos

¹³⁹ Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime*, (2011), pág. 270; também Fátima Mata-Mouros, *Juiz das Liberdades*, (2001), pág. 304 nota 707

¹⁴⁰ Manuel Marques Ferreira, “Meios de Prova”, (1988), pág. 226 e 227

processos referidos no n.º 1 estão fulminados com uma nulidade absoluta, insanável e de conhecimento oficioso, que embora, como tal não esteja consagrado no artigo 119.º, o está neste artigo 126.º através da expressão imperativa, *não podendo ser utilizadas*, já as provas obtidas mediante o processo descrito no n.º 3 são dependentes de arguição, e portanto sanáveis, pois que não são apontadas como insanáveis no artigo 119.º ou em qualquer outra disposição da lei”¹⁴¹.

Foi esta tomada de posição que fez suscitar a dúvida e a problemática das proibições de prova quanto ao seu regime e autonomia.

Quanto à autonomia das proibições de prova, face ao regime das invalidades, há, desde logo, de referir a autonomia dogmática resultante da própria Constituição e da própria lei. O problema está no âmbito da autonomia, se estamos perante uma diferença de regime, e por conseguinte, se também existe uma diferença jurídica.

Apurada a definição das proibições de prova e a autonomia dogmática das mesmas, cabe determinar a sua autonomia jurídica, questão bastante discutida na doutrina e também na jurisprudência. É de extrema importância apurar o real sentido desta autonomia.

Para determinar o grau de autonomia jurídica das proibições de prova é preciso ter presente a unidade do sistema jurídico, conjugando tanto a lei ordinária como os preceitos constitucionais como sejam os artigos artigo 118.º n.º 3 artigo 126.º e artigo 32.º n.º 8 da CRP. Ora, o artigo 118.º n.º3 matéria constante do título V das nulidades dispõe: *“as disposições do presente título não prejudicam as normas desde Código relativas a proibições de prova.”* Qual será então o verdadeiro sentido da expressão *não prejudicar*? Será tida no sentido que são institutos diferentes e portanto a matéria regulada nos artigos 118.º e seguintes nada aproveita às proibições de prova, ou se pelo contrário o regime das proibições de prova bebe do regime das nulidades, mas é mais drástico.

¹⁴¹ Manuel Maia Gonçalves, “Meios de Prova”, (1988), pág. 195

Quanto à existência de autonomia, a doutrina é unânime, todos consagram *a priori* uma autonomia¹⁴² dogmática ou conceptual. Nas palavras de Paulo Pinto de Albuquerque que estabelece o princípio do tratamento autónomo das proibições de prova referindo que o “regime jurídico das proibições de prova não se identifica nem se sobrepõe ao das nulidades nem ao das irregularidades”.¹⁴³ Ora, esta ideia de autonomia já estava prevista em Costa Andrade¹⁴⁴, realmente consta da própria Constituição ao estabelecer no n.º 8 do artigo 32.º o sancionamento dos procedimentos e das provas violadoras de Direitos Fundamentais. Nas palavras de Costa Andrade enaltece a “imbricação íntima entre os regimes das proibições de prova e nulidade”¹⁴⁵.

Como refere Paulo Dá Mesquita, seguindo Costa Andrade, “a lei portuguesa aponta para uma compreensão das proibições de prova assente seguramente na doutrina e nos princípios subjacentes ao regime das nulidades, mas aberta *também* e *necessariamente* a tópicos excêntricos e alheios a esta figura”¹⁴⁶.

De acordo com Costa Andrade “um entendimento que não pode ser perturbado pelo apelo às categorias e ao regime específico das nulidades (sanáveis/insanáveis; absolutas/relativas; de conhecimento oficioso/dependentes de arguição). Sem prejuízo de irrecusáveis momentos de comunicabilidade e interpenetração, a verdade é que a proibição de prova e nulidades são sistemas dogmáticos e normativos autónomos. Organizados segundos Códigos distintos e específicos projectando-se em soluções jurídicas não necessária nem inteiramente

¹⁴² Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 11 e também João Conde Correia, “A distinção entre prova proibida”, (2006), pág. 177

¹⁴³ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário*, (2011), pág. 313

¹⁴⁴ Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 11 e 12

¹⁴⁵ Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 193 e 313

¹⁴⁶ Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime*, (2011), pág. 272

sobreponíveis”¹⁴⁷. Ora, esta é a tomada de posição também assumida por nós. Contudo, este é um ponto a que retomaremos mais tarde.

A doutrina tem-se dividido quanto ao grau e extensão dessa autonomia. A professora Teresa Beleza¹⁴⁸, João Conde Correia¹⁴⁹, Helena Mourão¹⁵⁰ e Luís Pedro Martins de Oliveira¹⁵¹, seguindo de perto Marques Ferreira, referem que existe uma independência completa, dogmática e técnica e por conseguinte, de regime.

A Professora Teresa Beleza entende que o sentido de proibição de prova é que ela “será totalmente inútil porque em absoluto inutilizável”. Podendo ser utilizada com o “fim exclusivo de basear uma condenação da pessoa que ilegalmente a obteve, seja magistrado, polícia ou particular conforme o n.º 4”.^{152 153}

Nas palavras de João Conde Correia, salienta que deve haver “a separação entre os diversos mecanismos das nulidades *stricto sensu* e as proibições de prova. Só conhecendo as diferentes realidades dogmáticas que lhe são subjacentes, se poderá compreender a necessidade de utilizar *instrumentos processuais distintos*”. Referindo que as “técnicas destrutivas não terão sido um mero capricho do legislador”¹⁵⁴.

Havendo, portanto, um regime quanto à violação de uma proibição de prova que pode implicar a coexistência de “diversas sanções nomeadamente proibições de valoração; que constitui uma sanção processual autónoma, independente do regime das nulidades, muito ligada às causas de sanção, e nessa medida, susceptíveis de

¹⁴⁷ Manuel Costa Andrade, *Bruscamente no Verão Passado*, (2009), pág. 135

¹⁴⁸ Teresa Beleza, *Apontamentos de Direito*, (1992), pág. 151 e 152; Teresa Beleza, “Tão Amigos que nós éramos”, (1998), pág. 44 e seguintes

¹⁴⁹ João Conde Correia, “A distinção entre prova proibida”, (2006), pág. 191 também João Conde Correia, *Contributo para a Análise*, (1999), pág. 156

¹⁵⁰ Helena Mourão, “O efeito à distância”, (2006), pág. 591

¹⁵¹ Luís Pedro Martins de Oliveira, “Da Autonomia do Regime”, (2010), pág. 262

¹⁵² Teresa Beleza, *Apontamentos de Direito*, (1992), pág. 151 e 152

¹⁵³ Paulo de Sousa Mendes, “As Proibições de Prova”, (2004), pág.154

¹⁵⁴ João Conde Correia, “A distinção entre prova proibida”, (2006), pág.177, apesar de consagrar como uma nulidade atípica na pág. 192

permitir a recuperação do valor de provas obtidas contra lei”¹⁵⁵. O autor sublinha, e bem, que em matéria de proibições de prova, devem distinguir-se “consoante (os vícios) que respeitem à obtenção ou valoração de uma prova interdita ou à obtenção de uma prova admissível, mas conseguida sem observância das formas legais”.

Helena Mourão defende a autonomia técnica, referindo “não só é difícil defender, em termos de técnica legislativa, que o regime das proibições de prova equivale ao regime das nulidades processuais insanáveis, como na prática judiciária tem prevalecido a tese contrária da possibilidade de sanação das violações decorrente de proibições relativas de prova, o que demonstra os inconvenientes da aproximação do regime das proibições de prova ao regime das nulidades processuais”¹⁵⁶, entende ainda que o facto de não haver um regime unitário no que diz respeito às proibições de prova constitui fruto de uma omissão e não de uma opção do legislador. Defende tratar-se de *uma omissão eloquente*, “existe um regime implícito: perante a importância fundamental dos valores em causa a dependência de arguição dos interessados para a relevância do vício e a possibilidade da sua sanação, a existir, teriam que estar previstas”¹⁵⁷.

Luís Pedro Oliveira defende que o efeito da proibição de prova é a inexistência jurídica e não a nulidade¹⁵⁸. Ora, esta posição é de rejeitar inteiramente, trata-se salvo melhor opinião, de uma solução *contra legem*, pois quando o legislador comina como nulidade está a prescrever uma sanção mesmo que não seja no seu sentido técnico-jurídico. Já a inexistência deve ser apenas um recurso excepcional, “uma válvula de segurança, capaz de evitar efeitos perniciosos, resultantes da natural incompletude dos sistemas taxativos”¹⁵⁹, sendo que a previsão do vício como causa de nulidade constitui um limite negativo inultrapassável à declaração de inexistência jurídica. Para além disto, considerar a proibição de prova como uma inexistência é não olhar para o n.º 4

¹⁵⁵ João Conde Correia, *Contributo para a Análise*, (1999), pág. 109

¹⁵⁶ Helena Mourão, “O efeito à distância”, (2006) pág. 594 e 595

¹⁵⁷ Helena Mourão, “O efeito à distância”, (2006), pág. 596

¹⁵⁸ Luís Pedro Martins de Oliveira, “Da Autonomia do Regime”, (2010), pág. 282 a 286

¹⁵⁹ João Conde Correia, *Contributo para a Análise*, (1999), pág. 78

do artigo 126.º, constituindo este a situação na qual a prova existe e pode ser valorada.

Esta doutrina entende que, a matéria regulada no artigo 118.º e seguintes, não se aplica em matéria de proibições de prova, nomeadamente o artigo 122.º n.º 1 e o n.º 3.

Outra corrente na doutrina vem defender, nas palavras do Professor Costa Andrade “uma imbricação íntima entre as proibições de prova e o regime das nulidades”. Contudo, ainda que “a ligação estreita das proibições de prova ao regime das nulidades não deve todavia, ser entendida como homogeneição pura e simples das duas figuras reduzindo as proibições de prova a meras manifestações tipificadas de nulidade¹⁶⁰”, pois o regime das nulidades não oferece uma “resposta de plano e sem resíduos à extensa área problemática das proibições de prova”. Continua este autor quanto ao artigo 118.º n.º 3, “deverá ser interpretado como expressão positivada da intencionalidade do legislador de consagrar as proibições de prova uma disciplina que transcende o regime das nulidades processuais”, reconhecendo alguns momentos de continuidade que medeiam estas figuras. Defende “a fidelidade ao programa legislado aponta, assim, para uma compreensão das proibições de prova assente seguramente na doutrina e nos princípios subjacentes ao regime das nulidades, mas aberta *também e necessariamente* a tópicos excêntricos e alheios a esta figura¹⁶¹”. Posição inteiramente perfilhada por nós.

Nesta linha, Paulo Dá Mesquita entende, que o sistema português adoptou a “consagração da ideia de proibições de prova, com subsistência do esquema de invalidades – superando a tentação para analisar os dois esquemas numa relação de alternatividade”¹⁶². Prosseguindo o autor, no que diz respeito ao “sancionamento ao nível do procedimento probatório, das violações de imperativos constitucionais ultrapassa a mera aplicação das regras do procedimento e exige efeitos centrados em juízos substanciais sobre os princípios em causa”.

Paulo de Sousa Mendes defende as proibições de prova como uma figura de

¹⁶⁰ Manuel Costa Andrade, *Bruscamente no Verão*, (2006), pág. 193 e 194

¹⁶¹ Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 195

¹⁶² Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime*, (2011), pág. 271 e 272

nulidades extra sistemáticas com um regime *sui generis*, no sentido de as nulidades respeitantes ao título *Das Nulidades* não se esgotam com aqueles artigos, existindo outras espécies de nulidades nomeadamente as proibições de prova¹⁶³. Refere ainda, que as proibições de prova apresentam particularidades que determinam que o regime das nulidades tenha de ser adaptado, pois estão numa relação de “especialidade”¹⁶⁴. Contudo, num estudo mais recente¹⁶⁵ este autor constata que existe uma autonomia técnica completa em face do regime das nulidades processuais. Ora, defender que o regime das proibições de prova deve ser adaptado às suas especificidades não é defender uma autonomia técnica mas apenas dogmática, salvo melhor opinião.

O Professor Germano Marques da Silva¹⁶⁶ reconhece que são realidades “distintas e autónomas, contudo reconhece que os efeitos das proibições de prova são os mesmos.” Apesar de reconhecer que as proibições de prova correspondem “à sua inadmissibilidade no processo, não pode ser tida em conta para os fins do processo”.

Defendendo, entre nós, que os “princípios gerais sobre a invalidade dos actos processuais são inteiramente aplicáveis à actividade probatória, consiste também num acto ou complexo de actos processuais e, por isso, também estes actos destinados a fazer a demonstração dos factos relevantes para a decisão podem ser inválidos: inexistentes, nulos ou irregulares”.

Continua o autor quanto “ao n.º 3 do artigo 118.º deve ser interpretado como ressalva das disposições sobre nulidade, por se tratar de realidades diversas. As disposições sobre nulidade dos actos processuais são as constantes dos artigos 118.º a 123.º, aplicáveis também aos actos probatórios, mas além das invalidades há que atender a uma outra realidade, a inadmissibilidade e a proibição de prova, que não têm necessariamente de ser efeito da invalidade do acto processual e também não segue exactamente o mesmo regime.” Quanto ao regime das proibições de prova entende que “o efeito das proibições de prova é sempre o da sua não utilização, ou

¹⁶³ Paulo Sousa Mendes, *Lições*, (2013), pág. 187

¹⁶⁴ Paulo Sousa Mendes, “As Proibições de Prova”, (2004), pág. 148 e seguintes

¹⁶⁵ Paulo Sousa Mendes, *Lições*, (2013), pág. 187

¹⁶⁶ Germano Marques da Silva, *Curso II*, (2011), pág. 117

seja, efeitos análogos aos da nulidade insanável, será de conhecimento oficioso até decisão final, mas diversamente da nulidade que fica sanada com a decisão final transitada em julgado, a utilização de provas proibidas obtidas por meios proibidos para fundamentar a condenação é fundamento para recurso extraordinário de revisão”¹⁶⁷. Reconhece ainda que o regime proposto por Paulo Pinto de Albuquerque, isto é, a distinção entre violação de direitos de integridade e direitos à privacidade não dão uma resposta plena para todas as hipóteses de proibições de prova.

Paulo Pinto de Albuquerque¹⁶⁸ desenvolvendo o regime inicialmente defendido por Maia Gonçalves¹⁶⁹, que abandona a tese a partir da revisão do Código de 2007, concebe a nulidade constante do artigo 126.º como atípica. Reconhece que “as proibições de prova dão lugar a provas nulas” e estabelecendo “a nulidade das provas proibidas obedece a um regime distinto da nulidade insanável e da nulidade sanável.” Defende o autor, trata-se de um regime *complexo*, pois “distingue dois tipos de proibições de provas consoante as provas atinjam a integridade física e moral da pessoa humana ou a privacidade da pessoa humana”. Salientando que a “interdição é absoluta no caso do direito à integridade pessoal e relativa nos restantes casos, devendo ter-se por abusiva quando efectivada fora dos casos previsto na lei e sem intervenção judicial, quando desnecessária ou desproporcionada ou quando aniquiladora dos próprios direitos”. Por conseguinte, “o regime da nulidade da prova proibida será: a nulidade da prova proibida que atinge o direito à integridade física e moral previstos no artigo 126.º n.º 1 e 2 é insanável; a nulidade da prova proibida que atinge os direitos à privacidade previstos no artigo 126.º n.º3 é sanável pelo consentimento do titular do direito. A legitimidade para o consentimento depende da titularidade do direito em relação ao qual se verificou a intromissão ilegal. O consentimento pode ser dado *ex ante* ou *ex post facto*”. Posição que concordamos até este ponto. Mas o autor continua no que diz respeito ao facto de “se o titular do direito pode consentir na intromissão na esfera jurídica do seu direito, ele também pode

¹⁶⁷ Germano Marques da Silva, *Curso II*, (2011), pág. 179

¹⁶⁸ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário*, (2011), pág. 335 e 336

¹⁶⁹ Manuel Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal*, (2009), artigo 118.º anotação 5.º pág. 327

renunciar expressamente à arguição da nulidade ou aceitar expressamente os efeitos do acto, tudo com a consequência da sanção da nulidade da prova proibida.”^{170 171}.

Posição com a qual não concordamos, pois a natureza das proibições de prova é radicalmente oposta às nulidades, tem fins, modos e causas diferentes. Tratar uma nulidade de prova, como sendo uma nulidade relativa e, portanto, dependente de arguição com os prazos legalmente estabelecidos, caso os prazos não sejam respeitados, é transformar esta nulidade de prova numa prova válida por mero decurso do tempo¹⁷². Não havendo consentimento, apenas uma omissão ou uma inércia transforma uma nulidade de prova, uma inadmissibilidade de uso, numa nulidade sanável e logo permitida em Tribunal. Ora isto, é desvirtuar o regime das proibições de prova que atenta contra Direitos Fundamentais e portanto estaríamos a admitir a convalidação de uma proibição de prova, por mero decurso do tempo.

Paulo Pinto de Albuquerque sustenta ser de rejeitar a doutrina que entende o n.º 3 com um *sentido forte*, como proibição absoluta da sua utilização em julgamento, pois o “entendimento não é suportado pelo próprio artigo 34.º n.º2 e n.º 3 da CRP, que estabelece o princípio da relevância da vontade do visado nas intromissões nos direitos à privacidade.” Prossegue o autor “que o entendimento em sentido forte, contraria a jurisprudência do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, pois tem de ser dado o contraditório na audiência de acordo com o acórdão Schenk v. Suíça de 12 de Julho de 1988 e o já referido acórdão Khan v. Reino Unido de 12 de Maio de 2000, jurisprudência que tem sido seguida nos mais recentes acórdãos.”¹⁷³

¹⁷⁰ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário*, (2011), pág. 335 e 336

¹⁷¹ Acompanhado pelas decisões do Supremo Tribunal de Justiça, nos Acórdãos de 20 de Setembro de 2006 (processo 06P2321) Relator: Armindo Monteiro; de 16 de Abril de 2009 (processo 4805/07) Relator: José António Carmona da Mota.

¹⁷² Posição tomada pelo Supremo Tribunal de Justiça no Acórdão de 20 de Setembro de 2006 (processo 06P2321) Relator: Armindo Monteiro: “se o consentimento do titular afasta a nulidade, então esta não é insanável e o decurso do prazo de invocação, preclui o direito à invocação da nulidade do acto e dos que dela dependerem (...) Assim, mostrando-se exaurido o prazo legal em que o podia fazer, pelo que se mostra sanada a nulidade”.

¹⁷³ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário*, (2011) pág. 336

Ora, concordamos com esta posição¹⁷⁴, uma vez que deve estar na disponibilidade do visado tal matéria, nomeadamente para efeitos da sua defesa. Pode ser útil ao visado a utilização de uma escuta telefónica para efeitos da sua estratégia processual de defesa. E, portanto, esta proibição de prova deve ser sanável mediante consentimento pelo seu titular e não deve ser oficiosamente conhecida pelo Tribunal.

Paulo Dá Mesquita refere que “as normas relativas a invalidades processuais não prejudicam as proibições de prova e estas não prejudicam aquelas”¹⁷⁵.

Também Fátima Mata-Mouros entende que “nem todos os aspectos do regime das medidas de investigação que traduzem intervenções restritivas dos direitos fundamentais têm igual relevância.” Defende ainda que a diferença essencial é entre “o plano da legalidade ordinária, dos meros procedimentos, e existe o plano constitucional dos direitos fundamentais”. Uma coisa é a violação de uma proibição de prova, outra a violação das formalidades previstas para a obtenção de provas admissíveis. Umas são proibições de prova, outras são regras de produção de prova.”¹⁷⁶.

Refere a autora contra a autonomia das proibições de prova, a “ideia de que todas as provas são permitidas desde que relevantes para os autos, apenas havendo que considerar as limitações expressamente previstas na lei ao proibir-se uma determinada aquisição de prova. Na verdade é o princípio contrário que deve reputar-se por verdadeiro, uma proibição de prova que restrinja direitos fundamentais só deve ser admitida nos casos em que a lei expressamente preveja a possibilidade da referida ingerência”¹⁷⁷. Posição que concordamos inteiramente.

¹⁷⁴ Luís Bértolo Rosa, “Consequências”, (2010) pág. 251 e seguintes

¹⁷⁵ Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime*, (2011), pág. 273

¹⁷⁶ Fátima Mata-Mouros, *Juiz das Liberdades*, (2011), pág.324

¹⁷⁷ Fátima Mata-Mouros, *Juiz das Liberdades*, (2011), pág. 352

7. Conclusões Parciais

Cabe agora tomar posição, pensamos que a dicotomia entre nulidades e proibições de prova é confusa, não resolve os problemas e pode levar a incompreensões no sentido de convalidar uma proibição de prova numa prova admissível por mero decurso do tempo. A questão que cumpre resolver assenta na diferença entre invalidades, que servem para sancionar as violações ao procedimento probatório e, por outro lado, proibições de prova inadmissíveis num Estado de Direito pois atentam contra Direitos Fundamentais e a prova resultante é inadmissível e por conseguinte também será o seu uso em Tribunal. Portanto, perfilho a opinião de Costa Andrade, Germano Marques da Silva, Paulo Pinto de Albuquerque, Paulo Dá Mesquita e Fátima Mata-Mouros, quando entendem o artigo 118.º n.º 3 como um regime que não prejudica as proibições de prova. Aliás, as proibições de prova são um regime que pode beber os princípios resultantes das invalidades constantes dos artigos 118.º e seguintes, nomeadamente, o aproveitamento de todas as provas mediatas e imediatas que poderem ser aproveitadas e o efeito à distância consagrado no artigo 122.º n.º 1.¹⁷⁸

Existindo uma substancial diferença, as nulidades processuais produzem efeitos até à sua declaração de nulidade, nas proibições de prova, não podem subsistir no processo e em caso algum de ser valoradas. A proibição de prova pode ser fundamento para recurso extraordinário artigo 449.º n.º1 al e), inversamente a nulidade mesmo a insanável fica sanada mediante trânsito em julgado, algo que é impensável acontecer com uma prova proibida, pois esta tem uma nulidade reforçada, não podendo ser utilizável. Portanto o regime das nulidades de prova não há-de reconduzir-se pura e simplesmente ao das nulidades.

Reconheço ainda a posição de Paulo Pinto de Albuquerque quando entende relativamente às proibições de prova no n.º 3 que estas não podem ter um sentido forte, isto é, serem de conhecimento oficioso. Já que uma prova proibida pode ser

¹⁷⁸ Nesse sentido também Frederico Costa Pinto, “Supervisão” (2010) pág. 122

usada e valorada em Tribunal quando o titular do direito assim o determinar pois trata-se de direitos disponíveis. O Tribunal nunca deve oficiosamente, ao abrigo do n.º 3, declarar a prova nula, pois ela está na disponibilidade do visado e ele pode ter interesse em utilizá-la para fundamentar a sua estratégia processual de defesa. Já não será assim no n.º 1, no qual as provas obtidas mediante os métodos deste n.º1 são de conhecimento oficioso e nunca poderão ser utilizados, independentemente da vontade das partes e dos interesses dos processo, como seja a verdade material e a eficácia da justiça.¹⁷⁹.

Veja-se, por exemplo, uma situação em que o visado de uma escuta telefónica é o arguido no processo e essa escuta é inválida, pois o Juiz oficiosamente destrói os suportes técnicos e relatórios dessa mesma escuta. Ora, o conteúdo da escuta pode ser relevante para efeitos da defesa do arguido¹⁸⁰, não cabendo ao Tribunal inutilizar essa prova. Penso por isso, que deve ser dada oportunidade ao arguido de dar o seu consentimento na utilização da prova, tornando-a válida ao abrigo ao artigo 126.º n.º 3, última parte, conjugado com o artigo 32.º da CRP. Sobe pena de não ser dada relevância à vontade do visado, não respeitando o processo justo e equitativo.

Para além do facto de a dicotomia entre invalidades e proibições de prova na linha de Costa Andrade e Paulo Dá Mesquita não resolver a questão. O que é importante é apurar se determinada norma sanciona o procedimento ou se sanciona a violação de um Princípio Fundamental. Esta é a pergunta que se deve fazer para a problemática da autonomia das proibições de prova. Se estamos perante um Direito Fundamental, então deve seguir-se o regime das proibições de prova, isto é, a inadmissibilidade na aquisição, inadmissibilidade de uso no processo, e inadmissibilidade da sua valoração. Sendo valorada, isso afecta a fundamentação da decisão, podendo constituir fundamento de recurso extraordinário de revisão, com base no artigo 449.º n.º 1 e).

¹⁷⁹ Também assim Luís Bértolo Rosa, “Consequências Processuais”, (2010), pág. 251 e seguintes

¹⁸⁰ Fátima Mata-Mouros, *Juiz das Liberdades*, (2011), pág.369 “ tao pouco no desprezo da possibilidade de iniciática do titular do direito na defesa do mesmo. E acima de tudo, não acautela nem a segurança jurídica nem os direitos do visado.”

Um outro problema surge com o efeito sobre os elementos de prova derivados da proibição de prova, qual a contaminação que esta terá na prova consequential. Em suma, como defende Dá Mesquita¹⁸¹, “a opção do legislador de não atribuir um instituto jurídico geral de proibição de prova constitui o fruto de uma opção e não de uma omissão.”

Na síntese de Paulo Dá Mesquita “o sistema português destacou-se pela consagração da ideia de proibições de prova, com subsistência do esquema das invalidade - superando a tentação para analisar os dois esquemas numa relação de alternatividade. Um modelo com intersecções e articulações com específicas dificuldades técnico-jurídicas. Face à superação dos arquétipos do anterior modelo misto (formalismo processual exacerbado e substancialismo no julgamento de facto) e a ponderação (além das regras sobre o rito processual, eventuais invalidades e seus efeitos) das proibições de prova determinadas por imperativos axiológico-constitucionais”¹⁸².

¹⁸¹ Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime*, (2011), pág. 274

¹⁸² Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime*, (2011), pág. 271

CAPÍTULO III

EFEITOS À DISTÂNCIA

Determinada a definição das proibições de prova e a autonomia do regime das mesmas, cabe apurar os efeitos à distância¹⁸³ da prova proibida. A questão de se saber se a proibição vale apenas para o meio de prova obtido directamente de modo proibido, ou se também afecta outros meios de prova obtidos indirectamente através da prova proibida.

Quando se trate de apurar a comunicabilidade ou não da valoração aos meios mediatos da prova, tornados possíveis à custa de meios ou métodos proibidos de prova.

As proibições de prova correspondem a limites à descoberta da verdade, a verdadeiros direitos subjectivos, violações respeitantes a Direitos Fundamentais e à própria Dignidade da Pessoa Humana, o que significa que são inadmissíveis quer provas directamente obtidas pelo meio ou método proibidos, mas também aquelas que dele dependerem. Esta dependência, como afirma Costa Pinto, é uma dependência lógica, material e axiológica¹⁸⁴. Também assim Paulo Pinto de Albuquerque “o apuramento do efeito à distância da proibição de prova ou, dito de outro modo, dos frutos da árvore envenenada há-de, pois, resultar de uma necessária ponderação do nexos que liga a prova proibida e a prova mediata dela resultante”¹⁸⁵.

A própria Constituição no seu artigo 32.º n.º 8 refere que são nulas todas as provas obtidas, não fazendo a diferença entre provas imediata ou mediatamente obtidas. Assim também o artigo 122.º, o qual determina que “tornam inválido o acto

¹⁸³ Helena Mourão, “O efeito à distância”, (2006), pág. 575 e seguintes; João Gomes de Sousa, “Das Nulidades”, (2006), pág. 719 a 734; Germano Marques da Silva, *Curso II*, (2011), pág. 181 e 182; e Luís Pedro Martins de Oliveira, “Da Autonomia do Regime”, (2010), pág. 286 a 288

¹⁸⁴ Frederico da Costa Pinto, “Depoimento Indirecto”, (2010), pág. 1071

¹⁸⁵ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário*, (2011) pág. 338

em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aqueles que poderem afectar”.

Ora, os efeitos à distância podem ser entendidos como um corolário das proibições de prova, já que existindo uma proibição de prova o que implica uma nulidade da prova, esta terá por conseguinte de afectar as provas derivadas do meio ou do método de prova que constituiu a prova proibida.

Emergindo aqui o facto de os efeitos à distância e as proibições de prova, não resultarem apenas e tão só preventivamente, isto é, impedindo que o Estado através da sua pretensão punitiva possa obter meios de prova que não são legalmente válidos, pois deve comunicar-se a invalidade da prova proibida aos actos subsequentes, já que os próprios efeitos à distância são uma consequência necessária das proibições de prova. Nas expressivas palavras de Hassemer “a recusa do efeito à distância equivaleria a neutralizar a expressividade cultural e jurídica da proscrição dos métodos proibidos de prova”¹⁸⁶.

1. Fundamento dos Efeitos à Distância

Este instituto jurídico dos efeitos à distância surgiu nos Estados Unidos através de uma base jurisprudencial¹⁸⁷. Foi com o Acórdão Weeks que se começaram a definir os efeitos à distância. Surgiram inicialmente, para impedir uma “violação da Constituição no Tribunal”.¹⁸⁸

Esta jurisprudência foi concretizada no Acórdão Silverthorne Lumber vs. United States referindo “a essência da previsão que proíbe a aquisição de prova em certa medida é que a prova adquirida por essa via não pode ser utilizada perante o Tribunal

¹⁸⁶ Cf. Hassemer, apud Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 315

¹⁸⁷ Henrique Gomes de Sousa, “Das Nulidades”, (2006), pág. 728 e seguintes: para uma análise da Fruit of the poisonous tree e suas excepções.

¹⁸⁸ Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime*, (2011), pág.215

mas também que ela não deve ser usada de todo”. No mesmo acórdão chegou à conclusão que “obviamente, isto não significa que os factos obtidos se tornem sagrados ou inacessíveis”¹⁸⁹.

A fórmula porque veio a ser conhecida e utilizada, *fruit of the poisonous tree*, a teoria do fruto da árvore venenosa, foi empregue pelo Juiz Frankfurter no Acórdão *Nardone vs United States*.

Esta doutrina foi exportada para a Europa, contudo teve algumas vozes discordantes, como Schafter, este “denega por princípio qualquer efeito à distância”¹⁹⁰ e que o princípio da *fernwirkung* paralisaria a administração da justiça penal e comprometeria irremediavelmente a sua eficácia”. Também Meyer¹⁹¹ “o processo penal não pode desenvolver-se como se os meios de prova mediatos pura e simplesmente não existissem”. Estes autores defendem que com base no princípio da eficácia da justiça não devem existir efeitos à distância. Ora, não atribuir um efeito à distância a uma prova nula seria desvirtuar o propósito e o regime das proibições de prova, uma vez que visam a tutela de Direitos Fundamentais, servindo não só para prevenir a actuação dos órgãos de polícia, mas também para tutelar Direitos Fundamentais.

Por outro lado autores como Hassemer, o qual defende que a “recusa do efeito à distância paralisaria e dissolveria a força expressiva da proibição da tortura, tanto no plano cultural como jurídico”. Também nesse sentido, Henkel salienta “só o conhecimento do efeito à distância pode, em concreto, purificar o processo da nódoa da ilegalidade, consumada com a violação da proibição de prova. O que só poderá alcançar-se se o processo seguir o seu curso como se a ilegalidade não tivesse, pura e simplesmente, acontecido”¹⁹².

¹⁸⁹ Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime*, (2011), pág.216

¹⁹⁰ Cf. Schafter, apud Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 68, 173 e 174

¹⁹¹ Cf. Meyer, apud Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág.173

¹⁹² Cf. Henkel, apud Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 176

Contudo, uma extensão global, consequencial ou de efeito dominó dos efeitos à distância também não é admitida nos Estados Unidos onde como refere Dá Mesquita, “a jurisprudência constitucional projecta um pensamento substancial com uma exigente ponderação pragmática com nexos causais e processos de inferência. O problema da árvore venenosa expressa a necessidade de balanceamento crítico em que, além da exigência de proibição de utilização da prova obtida, por força da violação do direito constitucional, se escortina a prova obtida indirectamente.¹⁹³” Portanto não há um efeito derivado, tele-efeito automático sem qualquer ponderação.¹⁹⁴

Como Dá Mesquita demonstra “o efeito nas provas indirectas não deriva de uma predefinição sobre automatismos procedimentais mas de imperativos constitucionais que devem ser analisados em termos axiológicos e teleológicos, a teoria sobre as proibições de provas constitucionais.¹⁹⁵ Onde tem que existir um juízo substancial que constitui a exigência de uma exigência interpretativa da finalidade da proibição.”

É certo que a jurisprudência ao atribuir efeitos à distância teve também de criar remédios, isto é, excepções a esta corrente, tanto no direito americano que criou as chamadas *exclusionary rules*, como o direito alemão criou soluções compromissórias para admitir os efeitos à distância e o seu alcance. Estas limitações têm em conta as políticas criminais, bem como fazer o contraponto dos dois interesses conflituantes, por um lado a eficácia da justiça e por outro as garantias de defesa dos cidadãos. Herman admite que “as decisões do Supremo Tribunal Alemão e do Supremo Tribunal

¹⁹³ Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime*, (2011), pág. 220

¹⁹⁴ Helena Mourão, “O efeito à distância”, (2006), pág. 577; Também assim Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 171 “A história da emergência e afirmação do princípio é também a história do enunciado e das tentativas de fundamentação e sistematização de uma gama alargada de excepções”.

¹⁹⁵ Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime*, (2011), pág. 221 e também a nota 135

Americano são manchas de sentido contrário na direcção de um horizonte comum de convergência.”¹⁹⁶

Na mesma linha Dá Mesquita “ressalta a modéstia da ambição protectora da intimidade nos Estados Unidos por confronto com a Alemanha (onde aquela é indissociável da dignidade humana), fenómeno complexo relacionado com diferentes expectativas sociais conformadas por tradições filosóficas e experiências históricas irreduzíveis a explicações simplistas do género *os europeus compreendem verdades morais universais que os americanos não são capazes de alcançar*”.

Como o autor assinala, a diferença dos institutos nos dois países resulta no facto de “na Alemanha ressaltar a dimensão espiritual e moral do indivíduo, uma concepção sobre a pessoa, nos Estados Unidos sobressaem os limites de acção do Estado, de acordo com a estrutura republicana (...) em face dos direitos individuais *inalienáveis à vida, liberdade e busca da felicidade*.”¹⁹⁷

A primeira excepção surgiu precisamente com o caso Silverthorne¹⁹⁸ em 1920, a chamada excepção de fonte independente. Esta consiste no facto de as provas secundárias poderem ser utilizadas “se o seu conhecimento é obtido por uma fonte independente, elas podem ser provadas como quaisquer outros, mas o conhecimento adquirido por via do erro do Estado não pode ser aproveitado por ele na via pretendida”¹⁹⁹. Neste acórdão também se desenvolveu a teoria da mácula.

¹⁹⁶ Cf. Herman, apud Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 187

¹⁹⁷ Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime*, (2011), pág. 222 e 223

¹⁹⁸ O que estava em causa neste acórdão era o facto de os agentes terem adquirido ilegalmente livros de contabilidade da empresa Silverthorne e criado cópias. A questão prendeu-se com o facto de a prova obtida ser permitida ou não no Tribunal. A decisão do Tribunal foi a de a prova derivada encorajaria a polícia a obter provas contra o 4.º aditamento. Portanto, as provas das cópias ilegais estavam manchadas e eram inadmissíveis.

¹⁹⁹ Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime*, (2011), pág. 216

A exceção mácula dissipada, com origem nas decisões de Nardone²⁰⁰ e Wong Sun²⁰¹, estabeleceu que uma prova, mesmo que proveniente de meio de obtenção de prova ilegal, seja aceite sempre que a conexão se tiver tornado tao atenuada a ponto de dissipar a mácula.

Outra exceção é a da descoberta inevitável, com origem na decisão Nix vs. Williams²⁰² de 1984, que determina a aceitação das provas que inevitavelmente seriam descobertas, mesmo que mais tarde, através de outro tipo de investigação²⁰³.

Por último, a exceção de boa-fé da conduta policial defendida no caso USA vs. Leon²⁰⁴, em 1984.

Estas são as principais exceções à teoria dos efeitos à distância. Estes remédios serviram para atenuar as posições estremadas da aceitação dos efeitos à distância.

²⁰⁰ Neste acórdão estava em causa prova derivada de uma escuta ilegal.

²⁰¹ Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963) Neste acórdão o que estava em causa era uma busca ilegal, sem mandato judicial, onde a polícia obteve droga. O Tribunal entendeu face à jurisprudência dos efeitos à distância excluir a prova obtida, isto é, a droga encontrada através da busca. Contudo, não excluiu o depoimento de Wong Sun, pois este foi proferido alguns dias depois, não existindo uma conexão entre a busca ilegal e a confissão do Wong Sun.

²⁰² Nix vs. Williams, 467 U.S. 431 (1984) O que estava em causa era um interrogatório considerado ilegal, que levou o arguido a confessar a localização do cadáver da vítima, o Tribunal considerou que a prova era válida porque o cadáver seria inevitavelmente descoberto, ainda que o arguido não tivesse confessado.

²⁰³ João Gomes de Sousa, “Das Nulidades”, (2006), pág. 729

²⁰⁴ USA vs. Leon, 468 US 897 (1984) O Juiz emitiu um mandato de busca numa convicção errada de que estavam reunidos os pressupostos para *probable cause* e os órgãos de polícia criminal executaram o mandato com confiança na decisão do juiz. Portanto, o Tribunal considerou válidas as provas obtidas na sequência dessa busca, uma vez que os órgãos de polícia criminal agiram de boa-fé.

2. Divergência Doutrinal e Crítica às Doutrinas Compromissórias

A doutrina alemã optou por admitir o princípio do efeito à distância, mas reconduzindo a limites de política criminal e dogmaticamente legitimados.²⁰⁵ Tem feito escola a atenuação dos efeitos à distância mediante os percursos hipotéticos de investigação, a ponderação casuísticas de interesses e os limites da esfera de protecção da norma. A doutrina criou limitações ao princípio do efeito à distância numa tentativa de conciliação dos valores inerentes às proibições de provas e a necessidade de conferir eficácia à justiça penal²⁰⁶.

2.1 Ponderação de Interesses

Desde logo, é de criticar erigir os efeitos à distância, tendo por base, o princípio da ponderação de interesses²⁰⁷. Ora, como já tivemos oportunidade de referir no capítulo anterior, é certo que a realização da justiça e a eficácia da justiça são valores constitucionais, mas não são absolutos. A principal crítica que se pode fazer a esta teoria é a falta de construção de uma conjuntura genérica de solução do problema. Não deve existir uma ponderação casuística dos interesses, mas sim a adopção de princípios gerais de solução. Esta doutrina é defendida por Rogall²⁰⁸ e também por Manuel Maia Gonçalves²⁰⁹. Ao existir uma ponderação de interesses sempre que se tratasse de criminalidade grave, então o efeito à distância iria ser comprimido ou mesmo afastado, como defende Helena Mourão²¹⁰. Esta ponderação casuística

²⁰⁵ Helena Mourão, “O efeito à distância”, (2006), pág. 601 a 620 Para uma posição crítica quanto às várias soluções conciliatórias

²⁰⁶ Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 170

²⁰⁷ Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 176; e Helena Mourão, “O efeito à distância”, (2006), pág. 601 a 604

²⁰⁸ Cf. Rogall, apud Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 176

²⁰⁹ Manuel Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal*, (2009), pág. 353

²¹⁰ Helena Mourão, “O efeito à distância”, (2006), pág. 602 “este tipo de orientações não deve, no entanto, ser acolhida, desde logo, pela imprevisibilidade das soluções que acarreta, máxime nas

implicaria também uma insegurança e incertezas jurídicas, algo que não é admissível em matéria tão sensível, como sejam as proibições de prova e os efeitos à distância.

Helena Mourão critica também a solução casuística, “pois o julgador cria soluções casuísticas baseadas em considerações de política criminal relativamente à criminalidade grave, porque, ao fazê-lo, não está a actuar no âmbito de uma competência jurisdicional, mas ao invés, ao abrigo de uma função política legislativa”²¹¹.

2.2 Percursos Hipotéticos de Investigação

Quanto à doutrina dos percursos hipotéticos de investigação, liderada por Wolter²¹² e acompanhado por Costa Andrade²¹³, “a valoração da prova secundária será admissível sempre que entre ela e a violação originária não subsista um nexo efectivo de causalidade. O mesmo será o regime nos casos em que, à margem da violação da lei, as autoridades competentes teriam seguramente ou, pelo menos, com alta probabilidade chegado à prova secundária”. Esta doutrina “representa a projecção no plano processual do instituto substantivo do comportamento lícito alternativo e da elevação do risco”.²¹⁴

Costa Andrade é um dos defensores desta solução, afirmando quanto ao “efeito à distância só será de afastar quando tal seja imposto por razões atinentes ao

situações em que se encontram simultaneamente em conflito os valores da repressão da criminalidade grave e protecção dos direitos mais fundamentais contra fortes atentados processuais, amplificando substancialmente a insegurança jurídica neste matéria e contribuindo fortemente para a destruição da importante função preventiva relativamente a práticas ilícitas, inerente ao instituto das proibições de prova”.

²¹¹ Helena Mourão, “O efeito à distância”, (2006), pág. 603

²¹² Cf. Wolter, apud Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 178

²¹³ Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 178 e 315 e 316

²¹⁴ Helena Mourão, “O efeito à distância”, (2006), pág. 609 e Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 178

nexo de causalidade ou de imputação objectiva entre a violação da proibição de produção de prova e a prova secundária”²¹⁵.

Também é de rejeitar esta solução, uma vez tendo por base num juízo de causalidade hipotética, se valoraria sempre a prova secundária. Portanto, seria possível afirmar que as autoridades de investigação teriam *certamente* ou com fortes possibilidades chegado à prova derivada através de outro método de obtenção de prova, lícito. Esta doutrina mais não faz do que limitar consideravelmente os efeitos à distância de uma prova proibida ou de um método de prova proibido. Contudo, apurar o grau de certeza varia de autor para autor²¹⁶. Por exemplo, quanto ao grau de certeza exigido, Costa Andrade, acompanha Buelke na parte em que este autor reclama “exigências correspondentes às da convicção do Juiz necessária para sustentar a condenação do arguido. Isto a partir da consideração pertinente de que, nas situações em que o problema ganha maior acuidade, a admissibilidade da valoração da prova mediata equivalerá, na prática, à condenação do arguido.”

O Tribunal Alemão no caso Traube baseou a sua decisão na crença da equiparação entre provas primárias e secundárias. “Como conhecimentos e documentos obtidos através das escutas devem considerar-se não só aqueles que foram obtidos imediatamente a partir da intromissão na comunicação, mas também aqueles para que as conversas telefónicas apenas abriram caminho e, por isso, só vieram a ser encontradas ao cabo de ulteriores investigações, para além das escutas telefónicas”. E ainda “à luz da Constituição não há nenhuma diferença essencial entre (...) expôr-se à perseguição penal na base de meios de prova obtidos de forma imediata ou mediata” ²¹⁷. Esta posição infelizmente não foi seguida em sucessivos acórdãos do Tribunal Federal Alemão.

²¹⁵ Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 316

²¹⁶ Helena Mourão, “O efeito à distância”, (2006), pág. 610 e 611 A autora refere os diferentes graus de certeza.

²¹⁷ Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 180 e 181

A doutrina dos percursos hipotéticos de investigação é rejeitada com inteira razão, por Paulo Pinto de Albuquerque e Helena Mourão, crítica que subscrevo inteiramente. A autora refere que “a relevância dos percursos hipotéticos de investigação traduz-se, em última análise, no incentivo ao recurso aos métodos proibidos de provas que frustra o sentido das proibições, o seu efeito dissuasor e a sua função de prevenção geral, uma vez que o uso de métodos ilícitos pode afinal trazer vantagem pelo menos em alguma medida”²¹⁸. A autora afirma “pode conduzir à renúncia a meios lícitos e alternativos de investigação” (...), uma vez que os órgãos de investigação criminal “possam simplesmente dar por encerrada a investigação, em vez de a prosseguir e de proceder à limpeza da nódoa do processo”. Também Paulo Pinto de Albuquerque critica estes percursos hipotéticos de investigação, como seja a descoberta inevitável “não deve ser excluído o efeito à distância da proibição de prova mesmo que possam ser invocados percursos hipotéticos de investigação que conduziram a uma prova lícita”, refere o autor “nestes casos a prova inicialmente proibida tem um efeito à distância destruidor da provas posterior, mesmo que este pudesse vir a ser descoberto de outra forma lícita, resultando este efeito à distância da co-natural incerteza e, sobretudo, dos riscos político-criminais inerentes a estes juízos hipotéticos, que poderiam facilitar acções ilegais e mesmo abusos do uso da força por parte da polícia”. O autor remata ao sustentar que “depois de ter sofrido maus-tratos físicos o arguido que confessa o local onde enterrou o cadáver da vítima ou onde escondeu a arma do crime, nem o cadáver, nem a arma do crime podem ser utilizados como meio de prova, mesmo que a polícia já se encontrasse perto da descoberta do local do cadáver ou da arma”²¹⁹.

2.3 O Fim de Protecção da Norma

Esta doutrina entende que se deve apurar em cada proibição de prova qual o fim que ela visa tutelar. Determinado o fim da protecção da norma, saber se para chegar a essa protecção as provas secundárias tem também que ser inutilizadas. Esta

²¹⁸ Helena Mourão, “O efeito à distância”, (2006), pág. 612

²¹⁹ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário*, (2011), pág. 339

posição é defendida por Grunwald o qual defende, “caberá indagar em que medida a exclusão daquelas provas (secundárias) é reclamada pelo fim de protecção da proibição de prova concretamente violada”²²⁰.

Na doutrina portuguesa, esta tese é aceite por Costa Andrade e Paulo Pinto de Albuquerque. Este autor²²¹ erige como *limite intrínseco* ao efeito à distância, o fim da protecção da norma. Também assim Costa Andrade²²², “não haverá efeito à distância em relação às proibições de prova acima de tudo ditadas pelo propósito de prevenir perigos para a descoberta da verdade”.

Refere ainda Helena Mourão quanto à “norma que proíbe o depoimento indirecto, tal como a generalidade das regras de proibições de prova que tutelam a descoberta da verdade material, não reclamam, em regra, a impossibilidade de utilização das provas indirectamente conseguidas através da sua violação. Efectivamente, a esfera de protecção desta proibição visa sobretudo assegurar os princípios da imediação, da igualdade de armas, e da *cross examination*, valores que não ficam de modo algum comprometidos com a valoração de provas indirectas”²²³. Exigências essas cuja satisfação integral pode perfeitamente compatibilizar-se com a utilização das provas mediatamente produzidas pelo testemunho de ouvir dizer.

Esta autora critica esta teoria pois, no fundo, resume-se a “traçar uma separação entre proibições de prova, que são instrumentos jurídicos de protecção de determinados direitos individuais, que podem ser reconduzidas às proibições constitucionais de prova, e aquelas que protegem interesses e bens jurídicos supra-individuais, do Estado ou da comunidade que, portanto, transcendem a esfera jurídica

²²⁰ Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 177

²²¹ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário*, (2011), pág. 338 demonstrando numa extensa panóplia de acórdãos a aceitação desta doutrina por parte do Supremo Tribunal de Justiça.

²²² Manuel Costa Andrade, *As Proibições de Prova*, (1992), pág. 177

²²³ Helena Mourão, “O efeito à distância”, (2006), pág. 605

do indivíduo, e dotar cada uma destas categorias de um regime diverso em matéria de efeito remoto”.²²⁴

Posição coincidente com o entendimento que tem sobre o fundamento dos efeitos à distância, entendendo que estes provêm apenas do artigo 32.º n.º 8 da CRP. A proibição de prova em “sentido próprio no sistema processual penal português acaba por ser somente aquela norma probatória proibitiva cuja violação possa redundar na afectação de um desses direitos.²²⁵ Sendo que, para as proibições de prova que não estão conexas com a Dignidade da Pessoa Humana, a autora refere que devem ser resolvidos tendo por base os artigo 122.º e artigo 123.º, sendo verdadeiras nulidades e resolvidas pelo sistema de invalidades processuais. Posição que não acompanhamos pois entendemos que são as proibições de prova não são apenas conexas com os Direitos Fundamentais, mas também com princípios estruturantes do Processo Penal como seja o princípio da imediação. Portanto defendemos na linha de Costa Andrade e Paulo Pinto de Albuquerque que o fim da protecção da norma é um limite intrínseco ao efeito à distância.

3. Efeitos à Distância: Consagração Legal

A doutrina portuguesa, ao estabelecer a autonomia jurídica das proibições de prova, depara-se não só com o silêncio da lei, no que refere ao regime, mas também quanto à base legal do efeito à distância das mesmas.

Helena Mourão defendendo a autonomia jurídica, repara na falta de base legal para enquadrar os efeitos à distância. A autora sustenta que a base legal se encontra no próprio artigo 32.º n.º 8 da CRP através do princípio da máxima efectividade dos Direitos Fundamentais²²⁶. A autora critica a doutrina que recorre ao regime das

²²⁴ Helena Mourão, “O efeito à distância”, (2006), pág. 607

²²⁵ Helena Mourão, “O efeito à distância”, (2006), pág. 608

²²⁶ Helena Mourão, “O efeito à distância”, (2006), pág. 598 e 599

nulidades processuais para obter os efeitos à distância, referindo que “não esclarecem exactamente em que medida o faz e em que medida o rejeita”, prosseguindo a autora “parece, pura e simplesmente, seleccionar do regime das nulidades as normas que favorecem a protecção de Direitos Fundamentais e afastar o que não tem esse efeito”.

Ora, é precisamente por este facto que considero que não existe uma autonomia jurídica pois o regime das proibições de prova é um regime mais forte do que o das nulidades e, portanto, o aplicador do direito tem que fazer exactamente isto: aproveitar o que há para aproveitar no regime das nulidades, de forma a proteger Direitos Fundamentais e rejeitar tudo aquilo que não se compatibilize com estes.

Posição semelhante à de Helena Mourão foi também defendida por Luís Pedro Oliveira, contudo, este autor afirma que o efeito à distância se encontra no artigo 32.º n.º 1, pois de facto é uma garantia de defesa²²⁷, defendendo que é inconstitucional uma leitura que não retire do artigo 32.º da CRP o efeito à distância.

No entanto, a jurisprudência tem erigido os efeitos à distância das proibições de prova tendo por base o artigo 122.º, o qual trata de nulidades processuais. Ora, efectivamente a determinação do instituto dos efeitos à distância teve a sua consagração legal no artigo 122.º n.º 1, e o artigo 118.º n.º 3 determina que “as disposições do presente título não prejudicam as normas deste Código relativas às proibições de prova”. Como já referimos, o sentido de não prejudicar é precisamente não obstar à sua utilização.

²²⁷ Luís Pedro Martins de Oliveira, “Da Autonomia do Regime”, (2010), pág. 288

4. Efeitos à Distância na Jurisprudência Portuguesa

Os efeitos à distância foram reconhecidos no Acórdão do Tribunal Constitucional 198/2004, de 24 de Março de 2004²²⁸. Neste Acórdão, os Juízes do Tribunal Constitucional entenderam aceitar o efeito à distância das proibições de prova mas não de uma forma absoluta, admitindo uma série de limitações.

No mesmo sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Junho de 2006²²⁹, afirma que “a projecção da invalidade de prova em matéria de legitimidade ou validade da prova sequencial à prova nula, não é automática, e que em cada caso há que determinar se existe um nexo de antijuridicidade que fundamente o efeito à distância, ou se, em diverso, existe na prova subsequente um tal grau de autonomia, relativamente à prova inválida que destaque o meio de prova subsequente substancialmente daquela”. Expressando que “esta distinção esteve, aliás sempre presente na doutrina do *fruit of the poisonous tree* desde a formulação na jurisprudência do *Supreme Court*, que exige a ponderação de cada caso, determinado a existência, ou não, desse nexo de antijuridicidade entre a prova proibida e a prova subsequente”.

O acórdão Supremo Tribunal de Justiça 12 de Março de 2009²³⁰: “o efeito à distância da prova proibida nunca poderá alcançar uma abrangência que congregue no seu efeito anulatório provas que só por uma mera relação colateral, e não relevante, se encontram ligados a prova proibida ou que sempre produziriam, ou seria previsível a sua produção, independentemente da existência da mesma prova proibida”.

²²⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional 198/2004, de 24 de Março de 2004, processo nº39/04, relator: Moura Ramos

²²⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Junho de 2006, processo 06P650, relator: Henrique Gaspar

²³⁰ Acórdão Supremo Tribunal de Justiça 12 de Março de 2009, processo 09P0395. relator: Santos Cabral

Assim também acórdão Supremo Tribunal de Justiça 16 de Abril de 2009²³¹: “a doutrina dos frutos da árvore venenosa não teve entre nós o efeito dominó de inquinar todas as provas que em qualquer circunstância apareçam posteriormente a prova proibida e com esta estão relacionadas. Dai que, só caso a caso e perante uma prudente análise dos interesses em jogo é que se pode avaliar a extensão dos efeitos da prova inquinada. Importa apurar o nexo de dependência não só cronológica, como lógica e valorativa entre a prova inquinada e a que lhe seguiu”.

Tal como a jurisprudência americana, a jurisprudência portuguesa consagra várias limitações aos efeitos à distância, mas também tem seguido a doutrina alemã.

A jurisprudência, salvo melhor opinião delimita bastante o instituto dos efeitos à distância, faz a diferença entre as nulidades absolutas do n.º 1 e 2 e nulidades relativas do n.º 3 do artigo 126.º.

Para a prova proibida contaminar a restante prova, pronunciou-se o primeiro acórdão sobre esta matéria, determinado a existência de um nexo de dependência, cronológica, lógica e valorativa, conforme acórdão do Tribunal Constitucional 198/04, o que leva a crer uma posição de admissibilidade ampla dos efeitos à distância. Contudo, este acórdão rejeitou expressamente a doutrina dos frutos da árvore venenosa e do efeito dominó. Este acórdão historiou os efeitos à distância e as suas *exclusionary rules*, contudo ainda admitiu várias excepções aos efeitos à distância. Desde logo mitigando o efeito à distância através de:

1. *“Não é proibido o que resulta da mera constatação da realidade emergente- assim se das escutas a identificação dos arguidos o efeito à distância não impede a aquisição dessa identificação se os identificados se apresentarem como tal; isto é, não pode ser o arguido directamente identificado através da produção ilegítima de prova ou de prova ilegítimamente produzida, porém se a identificação do arguido possível,*

²³¹ Acórdão Supremo Tribunal de Justiça 16 de Abril de 2009, processo 4805/2007, relator: Carmona da Mota

também por actos investigatórios legítimos mesmo que encontrados depois das escutas não é ilegítima a aquisição deste dado; do mesmo modo quando a outros factos”;

2. *“O efeito à distância não faz comunicar a invalidade aos dados conclusivos, como sejam, para a fixação do nexo de causalidade, para a imputação objectiva, para os processo hipotéticos de investigação para a obtenção de provas mediatas a normal alegação de que sem a violação da lei, a polícia não teria descoberto as testemunhas implica demonstração”;*
3. *“O efeito à distância não contamina a prova coisificada persistente como sejam os objectos do crime encontrados (o automóvel, a droga), o acto de apreensão da droga fica contaminado, mas a existência da droga não pode ser ignorada”;*
4. *“O efeito à distância não atinge a confissão livre do arguido, assim se a confissão não resulta directamente das escutas, não pode deixar de ser valorada a confissão do arguido em audiência, porque liberta de toda a pressão psicológica”.*

A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça segue este entendimento dos efeitos à distância concebido por este acórdão do Tribunal Constitucional.

Na jurisprudência portuguesa, para além de adoptar as *exclusionary rules* também foi acolhida a tese da conciliação dos interesses em causa, principalmente pela teoria da ponderação de interesses e da esfera da protecção da norma. Nomeadamente, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Maio de 2004²³², que acolhe uma versão mitigada dos efeitos à distância,²³³ distinguindo a aplicação dos

²³² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Maio de 2004, processo 04P774, relator: Pereira Madeira e, no mesmo sentido, o Acórdão Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 2008, processo 06P4805, relator: Carmona da Mota.

²³³ Henrique Gomes de Sousa, “Das Nulidades”, (2006), pág. 727 Numa crítica a este acórdão à qual aderimos sem reservas.

efeitos à distância para as situações do n.º 1 e 2 para as do n.º 3 do artigo 126.º. Aceitando a plenitude do efeito à distância nos termos do n.º 1 e 2, contudo em relação aos meios previsto no n.º 3 entende que não se devem compreender, neste caso, os efeitos à distância, pois não colidem directamente com a Dignidade da Pessoa Humana, devendo existir uma ponderação de interesses.

No mesmo sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 2008²³⁴ “de qualquer modo será justamente no âmbito dos efeitos à distância dos métodos proibidos de prova que se poderá dar consistência prática à distinção entre métodos previsto no n.º 1 do artigo 126.º e [como no caso] os previstos no n.º 3, pois que, enquanto os meios radicalmente proibidos de obtenção de provas inutilizará – expansivamente - as provas por eles directa e indirectamente obtidas, já deverá ser mais limitado - em função dos interesses conflituantes - o efeito à distância da inutilização das provas imediatamente obtidas através dos demais meios de obtenção de prova (ofensivos não do *valor absoluto da dignidade do homem*, mas de *interesses individuais não directamente contendentes com a garantia da dignidade da pessoa*, como a *intromissão sem consentimento do respectivo titular na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*)”.

Também assim no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Maio de 2004²³⁵ se considerou que “Pois que a optimização dos interesses em conflito (aqueles, por um lado, e os de *um eficaz funcionamento do sistema de justiça penal*, por outro) poderá demandar – ante a (estrita) *necessidade de protecção proporcionada* dos últimos (também eles *juridicamente protegidos por essenciais à vida comunitária*) – a conjugação (ou *concordância prática*) de ambos em termos de *criação e conservação de uma ordem na qual uns e outros ganhem realidade e consistência*”.

²³⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 2008, processo 06P4805, relator: Carmona da Mota

²³⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Maio de 2004, processo 04P774, relator: Pereira Madeira

Esta jurisprudência segue de perto a posição de Rogall a teoria da ponderação de interesses, como também a teoria da esfera de protecção da norma.

Ora, não podemos concordar com tal limitação aos efeitos à distância. De facto, entendemos que existe um diferente desvalor ético nas proibições de prova constantes por um lado, do artigo 126.º n.º 1 e 2 e, por outro lado, do n.º 3. Afirmar isto, não implica que seja excluído o efeito à distância das proibições de prova constantes do n.º 3, não concordamos com a teoria da ponderação de interesses, tanto para as proibições de prova, como para os efeitos à distância. Não é pelo simples facto de estes direitos serem direitos individuais e, portanto, disponíveis que não haverá efeitos à distância. Veja-se, por exemplo, uma busca ilegal que levou à apreensão da arma do crime. Uma vez que foi violado o direito à intimidade da vida privada, também neste caso, a arma, sendo prova mediata da busca, está contaminada pelo vício derivado da proibição de prova e não pode ser usada nem valorada.

Seguimos de perto a posição de João Henrique Gomes de Sousa, e neste caso a própria Constituição dá-nos uma ajuda no artigo 32.º n.º 8 quando fala em todas as “todas as provas obtidas, mediante tortura (...) intromissão na vida privada”. Não há motivo para umas, as do n.º 1, terem a protecção dos efeitos à distância, por violarem a dignidade da pessoa humana e as do n.º 3 não terem, pois não colide directamente com a dignidade da pessoa humana, podendo os direitos visados pela norma ser sacrificados por um bem maior, nomeadamente a descoberta da verdade e logo a punição dos arguidos. Ora, o artigo 126.º trata do mesmo vício, são “nulas, não podendo ser utilizadas”, este artigo trata de Direitos Fundamentais não se encontram motivos para os do n.º 3 existir uma restrição aos efeitos à distância, mesmo em relação a uma ponderação de interesses.

Não podemos esquecer a ideia tratada supra. O facto de como a investigação e a acção penal devem agir no processo, de como devem ser adquiridas as provas e quais os valores que tutelam na acção penal.

Voltando ao Acórdão do Tribunal Constitucional de 198/2004 de 24 de Março, o qual balizou a meu ver incorrectamente a admissão dos efeitos à distância e os seus

limites. Limitou bastante a admissão dos efeitos à distância na jurisprudência portuguesa. Para além de aceitar as *exclusionary rules* também aceitou como referimos a tese da ponderação de interesses e da esfera da protecção da norma, desenvolveu também a circunstância de as provas terem uma existência independente, falamos da coisificação persistente. Ora, encontrado um corpo através da prática de tortura ao arguido, obviamente a existência do corpo não pode ser ignorada, o que não implica que possa ser usado como meio de prova. O que a existência do corpo nos mostra é apenas, e tão só, que aquela pessoa está morta e já não desaparecida, não servindo como meio de prova, o corpo, ou a droga obtidos por métodos ilegais.²³⁶

O mesmo acórdão consagrou a excepção da fonte independente, aceitando as provas que foram ou poderiam ter sido obtidas por via autónoma e lícita. Também aceitou a nódoa ou mácula dissipada, que estabelece que uma prova, mesmo que proveniente de prova ilegal, seja aceite sempre que apresente autonomia suficiente para dissipar a nódoa. Salvo melhor entendimento também consagrou erradamente a descoberta inevitável que determina a aceitação das provas que inevitavelmente seriam descobertas, mesmo que mais tarde, através de outro tipo de investigação, pelas razões anteriormente expostas.

Ora não aceitar os efeitos à distância redundaria em não aceitar o regime legal, o qual usa expressão nulas e não utilizáveis, acompanho por completo a posição de Henrique Gomes de Sousa “seria um resultado pleno de *non sense* que a constituição protegesse aqueles valores e cominasse a sua violação com uma nulidade e uma interpretação do ordenamento infra constitucional e ou prática judiciária permitisse a subsequente valoração das provas ilicitamente obtidas”²³⁷.

²³⁶ Posição perfilhada no acórdão Wong Sun, ao não valorar como prova a droga apreendida bem como a arma. Posição que não foi perfilhada pela jurisprudência.

²³⁷ Henrique Gomes de Sousa, “Das Nulidades”, (2006), pág. 734

5. Conclusões Parciais

Entendemos que os efeitos à distância decorrem do artigo 122.º, pois não defendemos uma autonomia técnica e jurídica e por conseguinte de regime. Apesar, de o acórdão-mãe sobre efeitos à distância ter apresentado o tema de forma densa, restringiu demasiado os efeitos à distância, bebendo tanto da doutrina alemã como da jurisprudência americana. A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça seguiu esta linha a nosso ver erradamente, talvez para apurar uma pretensa verdade material nos casos de crime de tráfico de estupefacientes. Não concordamos, nomeadamente, no que concerne à destrinça dos efeitos à distância resultantes do artigo 126.º n.º1 e do artigo 126.º n.º3. Não concordamos, com a teoria da conciliação no que aos percursos hipotéticos de investigação diz respeito, nomeadamente a descoberta inevitável, pois, se o único intuito dos órgãos de polícia criminal, é investigar, então poderíamos afirmar que qualquer descoberta seria inevitável, ora esta doutrina pode legitimar abusos e actuações ilegais por parte dos mesmos. Pelas razões expostas, discordamos das limitações que os efeitos à distância têm no Código de Processo Penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É com a notícia do crime que se desencadeia a questão penal. A prova assume uma importância tremenda para a determinação da questão penal. Pois, é através da prova que se obtém a verdade dos factos.

Descobrir a verdade é de extrema importância, uma vez que o crime é uma realidade humana, histórica e concreta de difícil determinação. O objectivo do processo é determinar a existência da prática de um crime, para tal, para se descobrir a verdade, a entidade decisora está limitada ao processualmente possível. De facto, para descobrir a verdade não são admitidos todos os meios e métodos de obtenção de prova.

Num Estado de Direito Democrático assente na Dignidade da Pessoa Humana, devem existir proibições de prova. Isto é, um instituto jurídico que tutele verdadeiros direitos subjectivos, que protegem os Direitos Fundamentais das actuações do poder punitivo do Estado, constituindo verdadeiros limites à descoberta da verdade. A máxima dos fins não justificarem os meios nunca deve ser esquecida, motivo esse pelo qual a Lei Portuguesa consagra o princípio da legalidade da prova, estabelecendo a nível Constitucional as proibições de prova o que demonstra a força do instituto no ordenamento jurídico português.

Determinada a noção legal de proibições de prova, a sua natureza, o seu conteúdo e o seu fim, concluímos que este instituto tem apenas uma autonomia dogmática relativamente às restantes invalidades. As proibições de prova têm uma comunicabilidade em relação às nulidades, o legislador constituinte assim como o ordinário utilizaram o termo *nulidade* para sancionar tanto a violação de formalismos, como para sancionar verdadeiros atentados aos Direitos Fundamentais. Temos de ter em atenção que determinados formalismos consubstanciam eles próprios verdadeiros atentados a Direitos Fundamentais.

Ora, o que o aplicador de Direito terá que fazer é apurar se determinada norma, quanto prescreve uma sanção como nulidade ou uma das expressões

equivalentes usadas na lei, qual o fim dessa mesma norma. Ela visa tutelar um formalismo que implica um respeito por um Direito Fundamental ou uma mera formalidade. Apurada esta questão então optamos pelo regime do artigo 126.º e do artigo 32.º n.º8 da CRP, ou das invalidades constante no artigo 118.º e seguintes.

É bom ter presente que o regime das proibições de prova é complexo, não se satisfazendo com a solução proposta por Pinto de Albuquerque, pois não há necessariamente uma subsunção de todas as proibições de prova à teoria formulada pelo autor.

Contudo, a separação entre nulidades de prova absoluta e nulidades de prova relativa, é um começo delimitador para as várias proibições de prova. Concluímos que existe um desvalor ético diferente em relação às proibições de prova constantes do artigo 126.º. Umas por atentarem directamente contra a Dignidade da Pessoa Humana, padecem de uma nulidade de prova absoluta, as outras por atentarem indirectamente com a Dignidade da Pessoa Humana e por se referirem a direitos disponíveis padecem de uma nulidade de prova relativa, podendo ser utilizadas em Tribunal. Nomeadamente, para efeitos de Direito de defesa do visado pelo meio de prova, ora entender que a nulidade de prova seria excluída do processo por conhecimento oficioso do Tribunal, é não dar relevância ao Direito de defesa do visado, contrariando o disposto no artigo 32.º n.º 1 CRP e o artigo 34.º n.º 2 e 3 CRP. Um entendimento que põe em causa o principio da lealdade na sua vertente de processo equitativo ou processo justo, violadora do artigo 6º da Convenção Europeia Dos Direitos do Homem já com uma longa jurisprudência constante do TEDH.

Contudo, entender que a nulidade de prova constante do artigo 126.º n.º 3 pode ser sanada pelo titular, renunciar à arguição da nulidade da prova proibida ou por mero decurso do tempo é desvirtuar o fundamento do regime das proibições de prova. Uma prova nula não pode ser convalidada, por mero decurso do tempo ou por inércia do titular do direito. Como resultado, para efeitos do artigo 126.º n.º 3 entendemos apenas, que a nulidade de prova não deve ser de conhecimento oficioso, deve ser dada relevância à vontade do visado e por conseguinte deve ser valorada uma prova nula favorável ao arguido.

Determinada a problemática das proibições de prova, apresentámos o instituto dos efeitos à distância. Definimos os efeitos à distância como um corolário necessário das proibições de prova.

Apresentando a sua natureza jurisprudencial, a que muito se deve nos Estados Unidos da América a consciencialização que a actuação do Estado deve ser limitada e onde é necessário existir um processo justo e leal.

Contudo a *doutrina* dos efeitos à distância sofreu limitações, a base das *exclusionary rules* é de construção jurisprudencial nos Estados Unidos da América. No Direito alemão começou por se recusar os efeitos à distância em nome de uma eficácia da justiça penal e em nome da verdade material. No entanto, esta *doutrina* sofreu limitações através das teorias compromissórias de construção doutrinal. Por sua vez, o Direito Português teve a influência destes ordenamentos jurídicos, o americano onde a corrente nasceu e o alemão através das suas teorias.

Os efeitos à distância são aceites entre nós, o acórdão que serve de base a problematização é o acórdão 198/2004 do Tribunal Constitucional, onde historiou a corrente dos efeitos à distância e onde balizou os seus efeitos e as suas limitações. Apesar de, na nossa opinião ser demasiado restritivo, criando excepções que não constam da doutrina americana, como seja a coisificação persistente. Adoptou também as teorias compromissórias da doutrina alemã, onde tentámos demonstrar a crítica à ponderação de interesses e aos percursos hipotéticos de investigação, mormente a descoberta inevitável.

Em suma, a problemática dos efeitos à distância surge bastante limitada no nosso ordenamento jurídico, pensamos que tem de existir uma abertura maior para a inutilização das provas mediatas de uma prova proibida. Só assim existirá uma tutela congruente com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o princípio do processo leal justo e equitativo. Não nos podemos esquecer que a prova proibida constitui um atentado contra direitos fundamentais, embora inutilizável sem possibilidade de ser valorada no processo, com possíveis efeitos para a prova mediata

e podendo inclusive servir de fundamento de um recurso extraordinário de revisão da sentença, isto não retira, o atentado já ocorrido contra os direitos fundamentais.

LISTA BIBLIOGRÁFICA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário ao Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica, 4ª edição, 2011

ANDRADE, Manuel da Costa, “Bruscamente no verão passado” – a reforma do Código de Processo Penal – observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

ANDRADE, Manuel da Costa, “Das escutas telefónicas”, I Congresso de Processo Penal, Almedina, 2005, pág. 215 a 256

ANDRADE, Manuel da Costa, Sobre as proibições de prova em Processo Penal, Coimbra, 1992

BELEZA, Teresa Pizarro, Apontamentos de Direito Processual Penal, Vol. II, AAFDL, 1992

BELEZA, Teresa Pizarro, “Tão Amigos que Nós Éramos: O Valor Probatório do Depoimento do Co-arguido no Processo Penal Português”, in Revista do Ministério Público n.º 74, ano 19, Abril-Junho 1998, pág. 39 a 60

CARNEIRO, Ana Teresa, Dos Fundamentos do Recurso Extraordinário de Revisão, Rei dos Livros, 2013

CORREIA, João Conde, “A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial”, in Revista do CEJ 2006, n.º 4, pág. 175 a 202

CORREIA, João Conde, Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais, Coimbra Editora, 1999

CORREIA, João Conde, O «mito do caso julgado» e a revisão propter nova, Coimbra, Coimbra Editora, 2010

CORREIRA, João Conde, “Questões práticas relativas à utilização de diários íntimos como meio de prova em Processo Penal”, in Revista do CEJ, 1º semestre 2007, n.º 6, pág. 139 a 162

CUNHA, José Manuel Damião da, “Dos meios de obtenção de prova face à autonomia técnica e tática dos órgãos de polícia criminal”, in II Congresso de Processo Penal, Almedina, 2006, pág. 61 a 79

DIAS, Jorge Figueiredo, Direito Processual Penal, reimpressão, Coimbra Editora, 2004

FERREIRA, Manuel Marques, “Meios de Prova”, in Jornadas de Direito Processual Penal, Lisboa, 1988, pág. 221 a 260

GONÇALVES, Manuel Maia, “Meios de Prova”, in Jornadas de Direito Processual Penal, Lisboa, 1988, pág. 193 a 218

GONÇALVES, Manuel Maia, Código de Processo Penal Anotado e Legislação Complementar, Almedina, 2009

GOSSEL, Karl Heinz, “As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal ano 2 n.º 3, Jul-Set 1992, pág. 397 a 442

JUSTO, Ana Rita de Melo, “Proibição de Prova em Processo Penal: o agente provocador; Acórdão STJ de 30 de Outubro de 2002”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 16 n.º 3, Jul-Set 2006, pág. 497 a 514

MATA-MOUROS, Maria de Fátima, Juíz das Liberdades: Desconstrução de um Mito do Processo Penal, Almedina, 2011

MENDES, Paulo de Sousa, “As proibições de prova no Processo Penal”, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Almedina, 2004, pág. 133 a 154

MENDES, Paulo Sousa, Lições de Direito Processual Penal, Almedina, 2013

MESQUITA, Paulo Dá, A Prova do Crime e o Que se Disse Antes do Julgamento: Estudo Sobre a Prova no Processo Penal Português à Luz do Sistema Norte-Americano, Coimbra Editora, 2011

MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS Rui, Constituição Anotada, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, 2010

MIRANDA, Jorge, “Processo Penal e Direito à Palavra”, in Direito e Justiça, Volume XI 1997, Tomo II, pág. 45 a 62

MORÃO, Helena, “O efeito à distância das proibições de prova no direito processual penal português”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 16, n.º4, Out-Dez 2006, pág. 575 a 620

NEVES, Castanheira, Sumários de Processo Criminal, Coimbra, 1968

OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de, “Da autonomia do Regime das Proibições de Prova”, in Prova Criminal e Direito de Defesa, Almedina, 2010, pág. 257 a 290

PEREIRA, Rui, “Agente Encoberto na Ordem Jurídica”, in Revista do CEJ, 2004, pág.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “Depoimento Indirecto, legalidade da prova e direito de defesa”, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Figueiredo Dias Volume III, Coimbra Editora, 2010, pág.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova, Almedina, 2009

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, BELEZA, Teresa Pizarro, Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudos sobre a Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal, Almedina, 2011

ROSA, Luís Bértolo, “Consequências Processuais das Proibições de Prova”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n.º2, Abril/Junho 2010, pág. 219 a 276

SILVA, Germano Marques da, Curso de Processo Penal, Tomo II, Verbo, 2011

SILVA, Germano Marques da, Curso de Processo Penal, Tomo I, Verbo, 2010

SILVA, Sandra Oliveira e, “Legalidade da Prova e Provas Proibidas”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal ano 21, n.º 4 Out-Dez 2011, pág. 545 a 591

SOUSA, Susana Aires de, “Agent provocateur e meios enganosos de prova. Algumas reflexões”, in Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, pág. 1207 a 1235

SOUSA, João Henrique Gomes de, “Das nulidades à “fruit of the poisonous tree doctrine - (Escutas telefónicas e efeito à distância) ”, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 66, Set 2006, pág. 703 a 734

LISTA DE JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

Tribunal Constitucional, Acórdão 7/87 (processo 303/86) Relator: Mário de Brito

Tribunal Constitucional, Acórdão 607/2003 (processo 594/03) Relator: Benjamim Rodrigues

Tribunal Constitucional, Acórdão 198/2004 24 de Março de 2004 (processo 39/04)
Relator: Moura Ramos

Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão de 8 de Fevereiro de 1995 (processo 047084)
Relator: Vaz dos Santos

Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão de 6 de Maio de 2004 (processo 04P774)
Relator: Pereira Madeira

Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão de 7 de Junho de 2006 (processo 06P650)
Relator: Henrique Gaspar

Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão de 20 de Setembro de 2006 (processo 06P2321) Relator: Armindo Monteiro

Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão de 31 de Janeiro de 2008 (processo 06P4805) Relator: Carmona da Mota

Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão de 12 de Março de 2009 (processo 09P0395)
Relator: Santos Cabral

Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão de 16 de Abril de 2009 (processo 4805/07)
Relator: José António Carmona da Mota

Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão de 3 de Março de 2010 (processo 806/07)
Relator: Santos Cabral

LISTA DE JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA

Acórdão Silverthorne Lumber vs. United States, 251 U.S. 385 (1920)

Acórdão Nardone vs United States, 308 U.S. 338 (1939)

Acórdão Mapp vs. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)

Wong Sun vs. United States, 371 U.S. 471 (1963)

Nix vs. Williams, 467 U.S. 431 (1984)

USA vs. Leon, 468 US 897 (1984)

Acórdão de 12 de Julho de 1988 (Schenk vs. Suíça)

Acórdão de 12 de Maio de 2000 (Khan vs. Reino Unido)

Acórdão de 1 de Março de 2007 (Heglas vs. República Checa)

Acórdão Othaman de 17 de Janeiro de 2012 (Abu Qatada vs. Reino Unido)

Acórdão de 25 de Setembro de 2012 (El Haski c. Bélgica)